This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

1

~~92. d. 11.~~

NJ 12 ADDS v 10

DOMI NUS ILLU MINA TIO MEA

Taylor Institution.

1878.

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Erſter Theil.

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,
Geh. Juſtizrathe u. ordentl. Profeſſor der Rechte in Göttingen.

Erſter Theil.

Dritte, revidirte Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1873.

LIBRARY OF THE TAYLOR INSTITUTION
UNIVERSITY
- 4 MAR. 1933
OF OXFORD

Dem Andenken

des großen Meisters

Georg Friedrich Puchta.

Vorwort

zur dritten Auflage.

Die gegenwärtige Auflage war urſprünglich als unveränderter Abdruck der zweiten in Ausſicht genommen, hat ſich aber während des Druckes zu einer Reviſion derſelben geſtaltet, bei der ich mir nur die äußere Beſchränkung auferlegt habe, daß ich dieſelbe möglichſt innerhalb des Rahmens der Seitenzahl der zweiten Auflage zu halten verſucht habe. Gleichzeitig nämlich mit dieſer dritten Auflage arbeite ich ein ſehr genaues Regiſter für alle drei bisher erſchienenen Bände aus, welches den Schluß der augenblicklich in Arbeit befindlichen zweiten Abtheilung des dritten Theiles bilden und auf alle drei Auflagen berechnet ſein wird. Für die zweite und dritte Auflage wünſche ich dabei aus äußeren Rückſichten eine und dieſelbe Paginirung beizubehalten, ſo daß nur die weſentlich abweichende Seitenzahl der erſten Auflage noch einer beſonderen Hervorhebung bedürfen wird. Bei dem gegenwärtigen Bande ſtimmt die Seitenzahl bis zur Mitte deſſelben mit der zweiten Auflage vollſtändig überein, von da an kommen hie und da unbedeutende Abweichungen vor, die den Gebrauch des in der obigen Weiſe angelegten Regiſters in keiner Weiſe erſchweren dürften, da ſie regelmäßig kaum das Drittel einer Seite betragen. Gegen das

Ende hin habe ich einige Partheien völlig umgearbeitet, manches erheblich gekürzt und dadurch Raum für weitere sachliche Ausführungen gewonnen. Abgesehen von ihnen und von gelegentlichen kleineren Zusätzen sind die Aenderungen dieser Auflage nur stylistischer Art. Der Druck der zweiten Abtheilung des dritten Theiles wird noch in diesem Jahre beginnen, und im nächsten Jahre hoffe ich ihn nebst dem Register dem Publikum übergeben zu können. Ueber die Gründe, welche die Ausarbeitung desselben so ungebürlich lange verzögert haben, habe ich schon an anderm Ort Gelegenheit gehabt mich auszusprechen. Sie lagen in der Schwierigkeit der Aufgabe, bei der ich am Schluß von Theil III. Abth. 1 angelangt war: der dort begonnenen Theorie der Rechte. Der gänzliche Mangel an Vorarbeiten für dieselbe von anderer Seite hat mich genöthigt, mir Schritt für Schritt meinen eigenen Weg zu suchen, und je weiter ich dabei vorrückte, desto mehr überzeugte ich mich, wie sehr hier alles noch im Argen liegt, so daß selbst die fundamentalsten Probleme und Fragen, auf die mich der logische Zwang der Untersuchung führte, sich der Beachtung unserer Wissenschaft bis auf den heutigen Tag so gut wie entzogen haben. An solchen Grundfragen des Rechts, bei denen man Problem und Lösung selber erst zu stellen und zu suchen hat, kann man nicht in derselben Weise arbeiten wie an Aufgaben, für die man das Material in der vorhandenen Literatur im reichsten Maße aufgespeichert findet, man muß sie Jahre lang mit sich herumtragen und allmälig reifen lassen, ich möchte sagen: sie durchleben, und diese Erfahrung habe ich an mir im reichsten Maße machen müssen.

Göttingen, den 3. April 1873.

Der Verfasser.

Aus dem

Vorwort zur zweiten Auflage.*)

— — Ich enthalte mich, der neuen Auflage einen Schutz- und Geleitsbrief mitzugeben. Was Schlechtes an dem Buch ist, wird dadurch nicht entschuldigt oder verdeckt; was Gutes daran ist, wird sich von selbst Bahn brechen. Nur eine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. Man würde den ganzen Zweck meines Werks verkennen, wenn man es als ein wesentlich rechtshistorisches auffassen wollte. Mein Augenmerk ist nicht das römische, sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen, m. a. W. meine Aufgabe ist mehr rechtsphilosophischer und dogmatischer Art als rechtshistorischer, den letztern Ausdruck in dem Sinn genommen, in dem unsere heutige Wissenschaft die Aufgabe der Rechtsgeschichte erfaßt und zu lösen sucht. Um dies schon auf dem Titel zu betonen, hatte ich demselben in der ersten Auflage den Zusatz gegeben: „Ein Beitrag zur Naturlehre des Rechts", strich denselben jedoch wieder bei der Revision des Correcturbogens, theils um den Titel nicht zu schleppend, theils um ihn nicht noch anspruchsvoller und herausfordernder zu machen, als er es an sich schon ist. Denn daß schon

*) Ich habe aus diesem Vorwort nur dasjenige aufgenommen, was für die gegenwärtige dritte Auflage noch von Interesse ist.

der Name „Geist“ auf dem Titel eine Herausforderung — den ersten groben Fehler des Buchs! — enthielt, wie hätte ich mir dies verhehlen können? Diesen Titel kann ich jetzt nicht mehr zurücknehmen, und ich will ihn durch Aufnahme jenes damals weggelassenen Zusatzes auch jetzt nicht mehr ändern, aber ich möchte den der Fictionen gewohnten juristischen Leser bitten zu fingiren, als ob er auf dem Titelblatt stände.

Schließlich noch eine Bemerkung über etwas Aeußerliches. Es ist ein leidiger Uebelstand bei einer zweiten Auflage, daß die Seitenzahlcitate der ersten für sie regelmäßig nicht mehr zutreffen, und bei den mancherlei Auslassungen, Umstellungen und größeren Zusätzen, die ich vorgenommen habe, ist die Abweichung in der Paginirung der ersten und zweiten Auflage stellenweise eine sehr beträchtliche. Da bei meinen eigenen Citaten sehr häufig die Noten mit in Bezug genommen sind, so habe ich dadurch einigermaßen nachzuhelfen gesucht, daß ich den aus der ersten Auflage hinübergenommenen Noten ihre alte Ziffer gelassen habe, selbst wenn letztere wegen Ausfalls einer oder mehrerer vorhergehenden Zahlen nicht mehr paßten. Den neuhinzugekommenen habe ich, wo nicht eine Nummer für sie vakant war, die Zahl der vorhergehenden unter Zufügung von Buchstaben gegeben. Die Abkürzung, deren ich mich beim Citiren meiner Schrift bedient habe: lateinische Zahlen für den Theil, arabische für die Seiten, unter Weglassung von B. und S. wird keiner Erläuterung bedürfen.

Gießen, den 23. Januar 1866.

Der Verfasser.

Inhalt des ersten Theils.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

§. 1. **Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt.** Der Gedanke der Universalität und Nationalität — Bedeutung Roms für die weltgeschichtliche Verwirklichung des erstern Gedankens — Berechtigung desselben innerhalb des Rechts — Die gegenseitige Aushülfe der Völker — Charakter der modernen Rechtsentwicklung — Das römische Recht ein Culturelement der modernen Welt. S. 1—16.

§. 2. Bedürfniß der Lösung unserer Aufgabe — Unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat. S. 16—25.

Methode der rechtshistorischen Darstellung.

I. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

§. 3. 1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandtheile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — Psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objectiven Recht und der subjectiven Erkenntniß (latente Bestandtheile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft. S. 25—48.

§. 4. 2. Physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Function desselben im Leben — Formale Realisirbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Historikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit. S. 48—58.

II. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen.

§. 5. Ausscheidung der unwesentlichen Thatsachen — Der innere Zusammenhang der Thatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien. S. 58—80.

§. 6. Plan der folgenden Darstellung — Die drei Systeme des Rechts. S. 80—85.

Erſtes Buch.

Die Ausgangspunkte des römiſchen Rechts.

§. 7. Urzuſtände — Erinnerungsvermögen des römiſchen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückſchlüſſe vom ſpätern Recht. S. 89—94.

§. 8. Die römiſche Kosmogonie des Rechts — Das Charakteriſtiſche derſelben für die römiſche Vorſtellungsweiſe. S. 94—102.

Erſter Abſchnitt.

Die Ausgangspunkte oder die Urelemente des römiſchen Rechts.

§. 9. Das Minimum geſchichtlicher Anfänge. S. 102—106.

I. Das Princip des ſubjectiven Willens der Urquell des römiſchen Rechts.

A. Begründung der Rechte durch perſönliche Thatkraft.

§. 10. 1. Der thatkräftige ſubjective Wille in ſeiner Richtung auf Begründung des Rechts (Recht der Beute) — Vorliebe der römiſchen Rechtsanſicht für originäre Erwerbsarten. S. 107—118.

B. Das Syſtem der Selbſthülfe.

§. 11. 1. Allgemeine Betrachtung — Beginn des Rechts mit der Selbſthülfe — Die Gewalt im Dienſte des Rechts — Relevanz des Unterſchiedes zwiſchen zweifelloſen und zweifelhaften Anſprüchen — Ununterſchiedenheit der verſchiedenen Arten des Unrechts. S. 118 bis 129.

§. 11a. 2. Die Rache und die Entſtehung der Privatſtrafe. S. 129—140.

§. 11b. 3. Das Zeugengeſchäft. Intereſſe der Zeugen für den Erfolg der Selbſthülfe — Hypotheſe über die urſprüngliche Beſtimmung der Zeugen (testis = Beiſtand) — Das testamentum in comitiis calatis. S. 140—150.

§. 11c. 4. Die Formen und der Umfang der legalen Selbſthülfe. Die ſolennen Formen der Selbſthülfe: die manus injectio und pignoris capio — Prozeſſualiſche Beſtreitung ihrer Rechtmäßigkeit (Impugnations- und Juſtificationsverfahren) — Die formloſe Selbſthülfe. S. 150—167.

C. Friedliche Ausgleichung des Rechtsſtreits.

§. 12. Vertragsmäßige Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten — Eid und Schiedsrichter — Unterwerfung unter den Richterſpruch (litis contestatio). S. 167—176.

II. Familie und Wehrverfassung, die Ausgangspunkte der staatlichen Ordnung.

§. 13. Vorbemerkung. S. 176—182.

§. 14. 1. Das Familienprincip.
Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im Großen und ein Staat im Kleinen — Einfluß auf das gesammte Recht. S. 183—207.

§. 15. Der Staat vom Standpunkt des subjectiven Princips aus — Die publicistische Societät der Individuen — Basirung der Strafgewalt auf Rache, der gesetzgebenden Gewalt und des Rechtsschutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und nicht anerkannten Rechte. S. 207—225.

§. 16. Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Clientel, precarium und peculium. S. 225—245.

2. Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht.

§. 17. Vortheilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfassung — Die Staatsverfassung eine Wehrverfassung — Die militärische Eintheilung des Volks — Princip der Subordination — Das imperium — Militärischer Charakter des Königthums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfassung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit. S. 245—265.

III. Das religiöse Princip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat.

§. 18. Gegensatz des religiösen und weltlichen Rechts (fas und jus) — Hervortreten des religiösen Elements in den verschiedenen Theilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Die Strafe als religiöses Sühnemittel — Der homo sacer — Das Privatrecht. S. 265—291.

§. 18a. Das Pontificalcollegium — Competenz bei Fragen des Fas — Ausdehnung seiner Thätigkeit — freiwillige Gerichtsbarkeit — staatliche Gerichtsbarkeit — Die legis actio sacramento = die Prozeßform des geistlichen Gerichts. S. 291—307.

§. 19. Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte. S. 307—312.

Zweiter Abſchnitt.

Verhalten des römiſchen Geiſtes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

§. 20. 1. Das Weſen des römiſchen Geiſtes und die Prädeſtination deſſelben zur Cultur des Rechts. S. 312—340.

§. 21. 2. Verhalten des römiſchen Geiſtes zu den gegebenen Ausgangspunkten, insbeſondere zur Religion. S. 340—361.

Einleitung.

Die Aufgabe und die Methode ihrer Lösung.

Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt.

Der Gedanke der Universalität und Nationalität — Bedeutung Roms für die weltgeschichtliche Verwirklichung des erstern Gedankens — Berechtigung desselben innerhalb des Rechts — die gegenseitige Aushülfe der Völker — Charakter der modernen Rechtsentwicklung — das römische Recht ein Culturelement der modernen Welt.

I. Drei Mal hat Rom der Welt Gesetze dictirt, drei Mal die Völker zur Einheit verbunden, das erste Mal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweite Mal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das dritte Mal in Folge der Reception des römischen Rechts im Mittelalter zur Einheit des Rechts; das erste Mal mit äußerm Zwange durch die Macht der Waffen, die beiden andern Male durch die Macht des Geistes. Die welthistorische Bedeutung und Mission Roms in Ein Wort zusammengefaßt ist die Ueberwindung des Nationalitätsprincips durch den Gedanken der Universalität. Schwer haben die Völker geseufzt unter dem Druck der äußern und der geistigen Bande, mit denen Rom sie umstrickt hielt, schwere Kämpfe hat es gekostet, bis es ihnen gelang, das Joch abzuschütteln. Aber der Gewinn, den die Geschichte und sie selber davon gezogen, wiegt das Ungemach, das sie erdulden mußten, auf. Die Frucht des ersten Kampfes,

den Rom siegreich bestand, war die Herstellung der Einheit der alten Welt. In Rom mußten die Fäden der alten Cultur zusammenlaufen, damit die Geschichte an diesen Knotenpunkt die der neuen christlichen Cultur anknüpfen konnte, die römische Weltherrschaft fand ihre Rechtfertigung im Christenthum, dem sie die Straßen bahnte; ohne das centralisirende heidnische Rom würde kein christliches Rom entstanden sein. Die Frucht der zweiten Weltherrschaft, welche Rom ausübte, war die religiöse und sittliche Erziehung der neuen Völker. Das römische Volk war längst dahin, es war nur derselbe Ort, von wo aus zum zweiten Male die Welt ihre Gesetze empfing, die Gesetze selber hatten mit dem alten Rom nichts gemein. Das dritte Mal aber, als die neuern Völker sich von Rom ihre Gesetze holten, war es das alte Rom, das sie ihnen lieferte. Es war ein Stück ächtrömischen Lebens und Wesens, das wiederum lebendig ward, werthvoller und origineller als alles andere, was das römische Volk in Kunst und Wissenschaft der Nachwelt hinterlassen hatte, die höchste Blüthe, die reichste Frucht seines Geistes. Eine seltsame Erscheinung! Ein todtes Recht zu neuem Leben erwachend; ein Recht in fremder Zunge, zugänglich nur den Gelehrten, im Leben überall auf Widerstand stoßend und sich dennoch den Zutritt und den Sieg ertrotzend. Was ihm zur Zeit seines Bestehens, seiner Blüthe und Kraft nicht gelungen: die Rechte fremder Völker zu regeneriren, ein halbes Jahrtausend später gelang es ihm; es mußte erst absterben, um seine volle Kraft zu entfalten. Und in welchem Maße hat es dies gethan! Anfänglich nichts als eine juristische Grammatik in den Händen der Wißbegierigen, schwingt es sich bald zum Rang eines Gesetzbuches auf, um schließlich, nachdem ihm die äußere Auctorität bestritten und größtentheils entzogen, dafür die ungleich höhere eines Kanons unseres juristischen Denkens einzutauschen. Nicht darin besteht die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt, daß es vorübergehend als Rechtsquelle gegolten — diese Bedeutung ist eben eine vorübergehende gewesen — sondern darin, daß es eine totale innere Um-

wandlung bewirkt, unſer ganzes juriſtiſches Denken umgeſtaltet hat. Das römiſche Recht iſt ebenſo wie das Chriſtenthum ein Culturelement der modernen Welt geworden.

So braucht denn dieſe dritte Phaſe der römiſchen Weltherrſchaft den Vergleich mit den beiden vorhergehenden durchaus nicht zu ſcheuen. Das Schauſpiel, das jene uns darbieten, mag dramatiſcher, anziehender ſein für das Auge und die Phantaſie, dem allgemeinen Verſtändniß näher liegen — der denkende Geiſt wird ſich durch das in gewiſſem Sinn faſt märchenhafte Stück Geſchichte, das am römiſchen Recht abſpielt, nicht minder gefeſſelt fühlen und es ſtets zu den wunderbarſten hiſtoriſchen Erſcheinungen, zu den ſeltenſten Triumphen der rein auf ſich ſelbſt geſtellten geiſtigen Kraft zählen.

Wer ſollte nicht glauben, daß wir Juriſten längſt alles gethan hätten, um dieſe Thatſache zu ihrem vollen Verſtändniß zu bringen? Aber der Zug des Seltſamen, den ſie an ſich trägt, wiederholt ſich auch in ihrem literariſchen Schickſal. Ich meine damit nicht ſowohl die Vernachläſſigung ihrer äußern hiſtoriſchen Seite, die erſt in unſerm Jahrhundert einer regeren Bearbeitung Platz gemacht hat, und die zu dem ſonſtigen Maß von Kraft und Gelehrſamkeit, welches ſich dem römiſchen Recht ſeit Jahrhunderten zugewandt hat, ſeltſam contraſtirt — trotz allem, was ſeit Savigny für die Geſchichte des römiſchen Rechts im Mittelalter geſchehen iſt, ſoll doch die Geſchichte der Reception deſſelben noch erſt geſchrieben werden. Sondern was ich meine, iſt das wiſſenſchaftliche Urtheil über die Bedeutung jener Thatſache. So paradox es für den Unkundigen klingen mag: es herrſcht noch bis auf den heutigen Tag eine Lehre über das Weſen und die Natur des poſitiven Rechts, die ein richtiges geſchichtsphiloſophiſches Verſtändniß jener Thatſache ſchlechterdings unmöglich macht, ich meine die vorzugsweiſe von Savigny verkündete und in Curs geſetzte Lehre von dem nationalen Charakter der Rechte, die er zum Grund- und Eckſtein der von ihm zu ſtiftenden hiſtoriſchen Schule machte. „Die hiſtoriſche Schule, ſo formulirt Savigny

das Programm derselben,[1]) nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen." Man sieht: damit ist über die obige Thatsache der Stab gebrochen, denn was hat das römische Recht mit der „gesammten Vergangenheit der modernen Nationen, ihrem innersten Wesen und ihrer Geschichte" zu thun? Ein Eindringling ist es, dem jede Legitimation abgeht, und dessen Entfernung consequenterweise Niemand eifriger hätte begehren müssen als Savigny und die historische Schule. Aber gerade sie waren es, die ihn in Schutz nahmen, als vom Standpunkt der Nationalität aus seine endliche Verdrängung begehrt wurde. Eine seltsame Ironie des wissenschaftlichen Fatums! Ein Gedanke, der dem römischen Recht den Todesstoß versetzen muß, heraufbeschworen, um ihm das Leben zu retten, das Panier der Nationalität des Rechts entrollt zu Gunsten des römischen Rechts gegen die, welche aus diesem Gedanken eine Wahrheit zu machen wünschten! Das römische Recht sei im Lauf der Zeit das unsrige geworden — mit dieser Wendung glaubte man dasselbe unter den schützenden Mantel des Nationalitätsprincips gebracht zu haben. Es möge sein — aber welches Wort der Rechtfertigung findet jene Lehre dafür, daß es das unsere ward? Als das römische Recht zuerst an unsere Pforte klopfte, war es doch noch nicht das unsere, die „gesammte Vergangenheit unserer Nation, ihr innerstes Wesen, ihre ganze Geschichte" stellte sich ihm entgegen. Auf die Frage: mit welchem Recht haben wir dennoch dem Fremdling Zutritt verstattet, bleibt jene Ansicht uns die Antwort schuldig, von ihrem Standpunkt aus kann das Urtheil über die Reception des römischen Rechts nur dahin ausfallen: es war

1) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 6. Ausführlicher in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aufl. 3. S. 8 fl.

eine unerklärliche Verirrung der Geschichte, ein Abfall vom „historischen Princip", also von sich selber — ein Räthsel, für das der Wissenschaft die Lösung fehlt.

Ist es zuviel gesagt, wenn ich behaupte, die Richtung in unserer Wissenschaft, welche sich den Namen der historischen beilegte, und welche für die historische Erforschung des römischen Rechts allerdings Unschätzbares geleistet hat, diese Richtung hat nicht vermocht, die Thatsache, welche die Grundlage unseres ganzen Rechtszustandes ausmacht, ja, wie nachher erwiesen werden soll, den Charakter der ganzen modernen Epoche der Rechtsentwicklung bestimmt, wissenschaftlich zu begründen und zu rechtfertigen? Möge sie auch noch so viel äußere Gründe und Ursachen namhaft machen, die uns jene Thatsache pragmatisch erklären sollen; so lange sie den Gedanken der Nationalität des Rechts als ausschließlich berechtigten und maßgebenden aufstellt, bleibt der Widerspruch, in dem ihre Lehre sich zur Reception des römischen Rechts befindet, ewig ein ungelöster — durch das Thor der Nationalität kommt das römische Recht nie in unsere Wissenschaft hinein.

Eben damit ist jene Ansicht gerichtet, denn die Reception des römischen Rechts ist einmal eine Thatsache, der die Wissenschaft nicht ausweichen kann, mit der, was immerhin sie auch über das historische Wesen des Rechts lehren möge, in Uebereinstimmung stehen muß.

Und ist es so schwer, den richtigen Gesichtspunkt zu finden? Oeffnen wir nur unsere Augen, die Geschichte drängt uns ihn auf, wohin wir blicken! Das Leben der Völker ist kein isolirtes Nebeneinanderbestehen, sondern es ist wie das der Individuen im Staat eine Gemeinschaft, ein System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung, friedlicher und feindlicher, ein Geben und Nehmen, Entlehnen und Mittheilen, kurz ein großartiges, alle Seiten des menschlichen Daseins umfassendes Austauschgeschäft. Dasselbe Gesetz, welches für die leibliche Welt gilt, besteht auch für die geistige: Leben ist Aufnahme von außen und innerliche

Aneignung; Reception und Assimilation sind die beiden Fundamentalfunctionen, auf deren Dasein und Gleichgewicht das Bestehen und die Gesundheit jedes lebenden Organismus beruht. Die Aufnahme von außen verwehren und den Organismus zur Entwicklung „von innen heraus" verurtheilen heißt ihn tödten — die Entwicklung von innen heraus beginnt erst bei der Leiche!

Das Individuum kann sich diesem Gesetz nicht entziehen, ohne dem leiblichen oder geistigen Tode zu verfallen; sein Leben ist unausgesetztes leibliches und geistiges Athmen. Aber bei den Völkern wäre eine Absperrung auf sich selber, die Abwehr jedes Einflusses von außen her nicht gerade undenkbar, und es fehlt in der That in der Völkerfamilie nicht an einem Volk, welches — ein ächter Donquijote des Nationalitätsprincips! — diese seltsame Idee durchzuführen versucht hat, es ist das chinesische. Und warum nicht, möchte man fragen, wenn es sich wohl dabei fühlt, wenn es auf die Vortheile des Verkehrs und der Berührung mit fremden Völkern verzichtet? Leidet es doch selber am meisten dabei. Der Einwurf wäre richtig, wenn jedes Volk bloß seiner selbst wegen existirte, aber jedes Volk existirt zugleich der übrigen wegen, alle anderen Völker der Erde haben ein Recht auf die Berührung mit ihm. Das Gesetz der Theilung der Arbeit gilt auch für das Leben der Völker. Nicht jeder Boden trägt alles, nicht jedes Volk kann alles. Aber diese Unvollkommenheit des Einzelnen soll ausgeglichen werden durch gegenseitige Aushülfe und Mittheilung — die Vollkommenheit kommt erst im Ganzen, in der Gemeinschaft zur Erscheinung. Der Austausch der materiellen und geistigen Erzeugnisse ist die Form, in der die Geschichte die Ungleichheit der geographischen, natürlichen und geistigen Ausstattung der Völker wiederum aufhebt, in der die Beschränktheit der Natur überwunden und die Idee der höhern Gerechtigkeit in der Weltgeschichte verwirklicht wird. Die Sonne Indiens scheint nicht für Indien allein; der Nordländer hat ein Recht auf den Ueberfluß, den die Natur mit verschwenderischer Hand dort ausgeschüttet hat. Aber umgekehrt hat auch der Tropenbewohner ein Anrecht auf die Er-

zeugniſſe der kalten Zone, eine Anweiſung auf das Eiſen, das dort gewonnen und verarbeitet wird, auf die Werke des Gewerbfleißes, der Kunſt, der Wiſſenſchaft, die Segnungen der Religion und der Cultur. Möge das Völkerrecht lehren, daß jedes Volk das, was es beſitzt und erzeugt, für ſich allein hat — der Satz iſt ebenſo wahr und unrichtig, als wenn man ihn für das Individuum ausſpricht; es gibt kein abſolutes, d. h. der Rückſicht auf die Gemeinſchaft entbundenes Eigenthum, und die Geſchichte hat dafür geſorgt, den Völkern dieſe Wahrheit einzuſchärfen. Wenn ein Volk ſich unfähig erweiſt, den Boden, den die Natur ihm anvertraut hat, auszunutzen, ſo muß es einem andern weichen. Die Erde gehört der Hand, die ſie zu bebauen verſteht — das ſcheinbare Unrecht, das die angelſächſiſche Race in Amerika gegen die eingebornen Indianer verübt, iſt vom Standpunkt der Weltgeſchichte aus ein R e ch t. Und nicht minder ſind die europäiſchen Völker in ihrem Recht, wenn ſie die Flüſſe und Häfen des himmliſchen Reichs und Japans mit Gewalt öffnen und dieſe Länder zum Handel zwingen. Der Handel oder allgemeiner der Austauſch der materiellen und geiſtigen Güter iſt nicht bloß eine Sache des Intereſſes und des freien Willens der Völker, ſondern iſt Recht und Pflicht, der Widerſtand gegen die Erfüllung dieſer Pflicht eine Auflehnung gegen die Ordnung der Natur, gegen das Gebot der Geſchichte, und ein Volk, das ſich abſperrt, begeht nicht bloß eine Sünde gegen ſich ſelbſt, indem es ſich der Mittel ſeiner Erziehung beraubt, ſondern zugleich ein Unrecht gegen die andern Völker — kurz die Abſperrung iſt die Todſünde der Völker, denn das höchſte Geſetz der Geſchichte iſt die Gemeinſchaft. Ein Volk, das ſie zu ſcheuen hat, weil es den Contact mit einer fremden Cultur, d. h. die Erziehung durch die Geſchichte nicht verträgt, ein ſolches Volk hat eben damit ſein Anrecht auf weitere Exiſtenz verwirkt, ſein Untergang kommt der Welt zu gute.

Das iſt die Geſtalt des Völkerlebens, das die Beſtimmung der Völker. Gedeihen eines Volks iſt wie das des Individuums unausgeſetztes Aufnehmen von außen. Seine Sprache, ſeine

Kunst, seine Sitte, seine ganze Cultur, kurz seine Individualität oder Nationalität ist wie der leibliche und geistige Organismus des Individuums das Product von unzähligen Einwirkungen und Entlehnungen von der Außenwelt. Wer könnte in diesem großartigen Austauschgeschäft der Völker die Bilanz ihres Exports und Imports des Näheren feststellen, wer die tausendfachen Anregungen und Einflüsse im Einzelnen nachweisen, die dabei ein Volk auf das andere ausübt? Mit dem Schiffe, das Waaren brachte, kehrten Götter zurück, der Kaufmann, der das Gold entführte, hinterließ mit den Fabrikaten ein Modell der Nachahmung und die Keime der Industrie. Sprache, Sitte, Religion, Worte, Ideen, Vorurtheile, Glauben, Aberglauben, Gewerbfleiß, Kunst, Wissenschaft — sie alle gehorchen dem Gesetz der internationalen Mittheilung und Einwirkung. Und das Recht? Das allein soll diesem allgemeinen Culturgesetz entrückt sein? Denn dahin geht ja jene Lehre, die wir hier bekämpfen, und die wir bekämpfen müssen, um für das römische Recht Platz zu gewinnen, jene Lehre der historischen Schule, daß das Recht sich rein aus „dem Innern der Nationalität" entwickele. Die Geschwornengerichte sollen wir nicht einführen, weil sie nicht auf unserm eignen Boden gewachsen sind, die constitutionelle Staatsform ist ein auswärtiges Gewächs und damit gerichtet u. s. w. Als ob wir Anstand nähmen, fremden Wein einzuführen, weil wir ihn nicht gekeltert, die Chinarinde zu gebrauchen, weil sie bei uns nicht gewachsen. Wer uns abhalten will, fremde Gesetze und Einrichtungen zu adoptiren, möge uns auch verbieten, irgend ein anderes Stück fremder Cultur aufzunehmen, möge befehlen, daß der Einfluß, den das Studium des Alterthums auf die moderne Cultur ausgeübt hat, wieder rückgängig gemacht werde. Die Frage von der Reception fremder Rechtseinrichtungen ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim eben so gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die

Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.

Es bedarf auch in der That nur eines Blickes auf die Geschichte des Rechts, um sich zu überzeugen, daß das obige Culturgesetz auch auf seinem Gebiet volle Anwendung gefunden hat. Zwar das Alterthum und der Orient bieten uns kaum einen historischen Anhaltspunkt von einiger Erheblichkeit dafür, aber sowohl in Griechenland als in Rom bestand doch der Glaube an eine theils in das Dunkel der Heroenzeit sich verlierende, theils in die geschichtliche Zeit (Abfassung der XII Tafeln) gerückte Hinübernahme fremder Einrichtungen, und einzelne Spuren fremder Rechtseinrichtungen lassen sich selbst noch im spätern römischen Recht nachweisen (z. B. die lex Rhodia) oder, wenn sonst der ausländische Name einen Schluß verstattet, wenigstens muthmaßen (z. B. hypotheca, hyperocha, emphyteusis, antichresis). Der eigentliche Schauplatz jedoch für die Entfaltung jenes Gesetzes ist die moderne Welt. Hier geht sie in einer Weise vor sich, daß dadurch die gesammte moderne Rechtsbildung zur antiken und orientalischen in den schärfsten Gegensatz gestellt wird. Die beiden Pole, zwischen denen dieser Gegensatz sich bewegt, die beiden Gedanken, welche die Universalgeschichte des Rechts in zwei Epochen zerlegen, sind der Gedanke der Nationalität und Universalität. Im Orient, im Alterthum erfolgt die Entwicklung des Rechts in der That im Wesentlichen so, wie Savigny sie lehrt: von innen heraus, aus dem Schooß des Volkslebens, und selbst das jus gentium der Römer, das bereits an den modernen Gedanken der Universalität heranragt und ihn für den internationalen Handelsverkehr zu verwirklichen suchte, war gleichwohl auf römischem Grund und Boden gewachsen. Eine Gemeinsamkeit in der Bewegung der verschiedenen Volksrechte, einen gemeinsamen Mittelpunkt im Recht, eine gemeinsame Wissenschaft suchen wir sowohl im Orient als Alterthum vergebens, jedes dieser Rechte existirt und entwickelt sich für sich, unabhängig von andern. Es giebt dort nur eine Geschichte der Rechte, keine

Geſchichte des Rechts. In der modernen Welt dagegen nimmt die Geſchichte des Rechts einen höhern Schwung, hier erhebt ſie ſich in Wahrheit zu einer Geſchichte des Rechts. Die Fäden der einzelnen Rechte laufen hier nicht mehr neben einander, ohne ſich zu berühren, ſondern ſie kreuzen ſich, ſie vereinigen ſich zu einem Gewebe, für welches das römiſche und kanoniſche Recht den urſprünglichen gemeinſamen Einſchlag bildet. Ueber der Unzahl der einzelnen Rechtsquellen ragen dieſe beiden Rechte als gewaltige Centralpunkte hervor und vereinigen die Praxis und Wiſſenſchaft der verſchiedenſten Nationen zur Gemeinſamkeit der Action. Was ein Juriſt in Spanien gedacht hatte, erſparte dem Gelehrten in Deutſchland die Mühe, der Holländer baute fort auf der Grundlage, die der Franzoſe gelegt hatte, die Praxis der italiäniſchen Gerichte übte einen beſtimmenden Einfluß auf die Rechtsſprechung aller übrigen Länder aus. Welch' ein erhebendes Gefühl dieſe Gemeinſchaft, überhaupt wie beneidenswerth die damalige Lage der Jurisprudenz! Eine völlig neue, jugendliche Wiſſenſchaft mit all' dem Reiz und all' der Anziehungskraft, die der Anbruch eines friſchen wiſſenſchaftlichen Morgens in ſich ſchließt, von vornherein emporgehoben auf die Höhe europäiſcher Univerſalität. Wie dürftig mußten von dieſem Standpunkt die Landesrechte erſcheinen — poſitive Satzungen, kümmerliche Verſuche, für den Umkreis eines Ländchens eine Aufgabe zu löſen, welche das römiſche Recht bereits für den ganzen Erdkreis in unübertrefflicher Weiſe verwirklicht hatte — Schlagbäume für die Wiſſenſchaft. In der That: es iſt begreiflich, daß dieſer Gedanke der Univerſalität, wie er der damaligen Welt vor allem in Geſtalt des römiſchen Rechts aufging, etwas Berauſchendes für die Juriſten hatte — daß er Fanatiker erzeugte; alle neuen großartigen Ideen üben dieſelbe Wirkung aus, es ſind die Sonnenaufgänge in der Geſchichte — die Mittagsſonne begeiſtert nicht, nur die Morgenſonne.

Aber das römiſche und kanoniſche Recht bezeichnen keineswegs die Gränzen dieſer Gemeinſamkeit. Neben und außer ihnen

treten in wechselnder Reihefolge noch eine Menge von Instituten, Fragen und Problemen heran, welche die Völker ebenfalls zum gemeinsamen Denken und Thun zusammenführen: das Lehnswesen, das Wechsel-, Handels- und Seerecht; die Fragen des Strafrechts: die Abschaffung der Folter, der Todesstrafe, die Geschwornengerichte; die Aufhebung der Leibeigenschaft; die socialen, politischen, kirchen- und völkerrechtlichen Fragen — wer könnte sie alle nennen? Wer könnte sich Angesichts dieser Thatsachen der Ueberzeugung verschließen, daß die Geschichte des Rechts seit dem Mittelalter völlig neue Bahnen eingeschlagen hat, anderen und höheren Zielen nachstrebt als im Alterthum? Und so kurz vom Standpunkt der Jahrtausende aus gemessen auch das Stück Geschichte ist, das sich von dieser neuen Epoche des Rechts bisher entrollt hat, tritt es nicht schon jetzt mit aller Deutlichkeit hervor, daß der Gedanke der Universalität es ist, der ihren Charakter bestimmt und das Losungswort der gegenwärtigen Aera des Rechts enthält? Unter dem richtigen Gefühl dieses Zuges und Triebes der modernen Rechtsbewegung war es, daß das Naturrecht seine Lehre von der über Zeit und Ort erhabenen Allgemeinheit des Rechts proklamirte, und so wenig ich im übrigen den wissenschaftlichen Werth der auf diesem Gebiet zu Tage geförderten Leistungen hoch anschlagen will, die Richtung, welche das Naturrecht einschlug, war dem eigenthümlichen Gang der modernen Geschichte ebenso entschieden zugekehrt als die der historischen Schule mit ihrer einseitigen Geltendmachung des Nationalitätsprincips ihm abgewandt. Das Naturrecht war, weit entfernt außerhalb der Zeit zu stehen und die gegebenen Zustände zu ignoriren, in der That nur eine Idealisirung der vorhandenen Zustände; der Versuch, die Thatsächlichkeit der Gemeinsamkeit und Universalität des modernen Rechts wissenschaftlich wiederzugeben und zu begründen. Wenn sie dabei der Geschichte den Rücken drehte, anstatt sie, wie sie es gekonnt hätte, zu ihrer Unterstützung heranzuziehen, so war die Opposition, welche die „geschichtliche Richtung" dagegen erhob, voll-

kommen berechtigt. Indem letztere aber die Begriffe geschichtlich und national vollständig identificirte, den Gedanken der Nationalität zum alleinigen und ausschließlichen Princip der Rechtsbildung erhob, beging sie damit einen Irrthum, der, wie ich im Bisherigen glaube nachgewiesen zu haben, durch die Geschichte selber, auf die sie sich berief, widerlegt wird. So lange die Wissenschaft sich nicht entschließt, dem Gedanken der Nationalität den der Universalität als gleichberechtigten zur Seite zu setzen, wird sie weder im Stande sein die Welt, in der sie selber lebt, zu begreifen, noch auch die geschehene Reception des römischen Rechts wissenschaftlich zu rechtfertigen. [2])

Kehren wir nunmehr zu letzterer zurück, so werden wir in ihr nichts als eine jener culturhistorischen Anleihen erblicken, wie sie im Völkerleben so oft sich wiederholen und dem Plan der Geschichte: der gegenseitigen Aushülfe, Förderung, Erziehung der Völker durchaus entsprechen. Das Ungewöhnliche liegt hier nur in der Massenhaftigkeit des fremden Stoffs, der hier mit einem Male aufgenommen ward, ein Umstand, der für unsern Rechtsorganismus dieselbe Stockung, Störung, Beklemmung zur Folge hatte, wie sie eine Ueberladung mit Nahrung auch für den physischen Organismus nach sich zieht. Wenn diese Anleihe bei einem längst vergangenen Volk erfolgte, wenn die Erbschaft, welche dasselbe der Welt hinterlassen hatte, erst Jahrhunderte später angetreten ward, so hat dies nichts Befremdendes. Auch die griechische Cultur übte ihren bildenden Einfluß auf die modernen Völker erst aus, nachdem der ursprüngliche Träger derselben längst

2) Ob nicht gewisse Ansätze zu diesem Gedanken hie und da selbst bei den Vertretern des Nationalitätsprincips sich nachweisen lassen, mag immerhin zu bejahen sein. So nimmt z. B. Savigny selber einen solchen Anlauf (System des heutigen R. R. B. 1. S. 80), allein er hätte seine ganze Grundansicht aufgeben müssen, um den Gedanken consequent zu verfolgen, und er begnügt sich damit, die Abschwächung des Nationalitätsprincips in der neueren Geschichte auf den „gemeinsamen christlichen Glauben zurückzuführen, der um alle neuen Völker ein unsichtbares Band geschlungen habe."

dahin war. Das Erbrecht gilt wie unter Individuen so auch unter Völkern; selbst die hereditas jacens, der Zwischenraum, wo der Erbe, dem sie bestimmt ist, noch nicht angetreten hat, wiederholt sich hier. Ausgeschlagen werden nur diejenigen Erbschaften, welche keinen Werth haben, die übrigen finden ihren Herrn. So auch die Erbschaften der Völker, und speciell die, welche das römische uns in seinem Recht hinterlassen hat. Hatte das Genie, die geistige Arbeit, die Summe tausendjähriger Erfahrung und Beobachtung, die in ihm steckte, weniger Anspruch darauf der Menschheit zu gute zu kommen als die Meisterwerke griechischer Kunst und die Gedanken von Plato und Aristoteles? Hatte darum die Geschichte alle Bedingungen zum Gedeihen des Werks in Rom vereint und das Höchste hervorgebracht, um es mit selbstmörderischer Hand zu vernichten? Alles wahrhaft Große geht in der Welt nicht unter, und ob es schon scheinbar unterginge, es senkt wie die Pflanze, wenn sie absterbt, das Samenkorn in die Erde, aus der es seiner Zeit, wenn die Sonne des Frühlings den Keim weckt, verjüngt wieder hervorgeht. Zu Lebzeiten des römischen Volks war das werdende Geschlecht der Völker noch nicht reif, um aus seinen Händen das werthvolle Geschenk, das ihm bestimmt war, entgegenzunehmen, es bedurfte noch geraumer Zeit, bis sie zu derjenigen Höhe der Cultur und Reife herangewachsen waren, wo das Bedürfniß und das Verständniß sich einstellte. Das römische Recht wartete.

Die Form, in der sie sich desselben zunächst bemächtigten, war die der Annahme desselben als Gesetzbuch. Diese Periode der äußern Gültigkeit des römischen Rechts war die Zeit der Schule, unbequem und unbehaglich, allein vorübergehend berechtigt und nothwendig. Aber die Schule soll einmal ein Ende nehmen. Als die Völker fühlten, daß sie der Schule entwachsen waren, schüttelten sie das Joch ab; neuere Gesetzbücher traten an die Stelle des Corpus Juris. Hatte damit das römische Recht seine Bedeutung für sie eingebüßt? Ebensowenig wie die Schule, wenn man nach erlangter Reife sie verläßt; was man darin gelernt hat, nimmt

man mit. Alle jene modernen Legislationen fußen auf dem römischen Recht, materiell wie formell, letzteres ist wie das Christenthum und die griechische und römische Literatur und Kunst ein Culturelement der modernen Welt geworden, dessen Einfluß sich keineswegs auf diejenigen Institute beschränkt, die wir aus dem römischen Recht hinübergenommen haben. Unser juristisches Denken, unsere Methode, unsere Anschauungsweise, kurz unsere ganze juristische Bildung ist römisch geworden, wenn sonst der Ausdruck römisch für etwas allgemein wahres gebraucht werden darf, bei dem die Römer nur das Verdienst haben es zur höchsten Vollendung entwickelt zu haben. Ob wir dieses Besitzes bereits jetzt so sicher sind, daß wir das fernere Studium des römischen Rechts entbehren und dasselbe lediglich den Gelehrten überweisen können? Es gab eine Zeit, wo man dies glaubte und in den Ländern mit neuern Gesetzbüchern die wissenschaftliche Verbindung mit dem römischen Recht abbrach. Die Erfahrung hat die Voreiligkeit dieser Annahme dargethan; die Oede und Dürre, welche die erste Literaturepoche dieser neuern Rechte kennzeichnet, hat erst dann einem frischern Leben Platz gemacht, seitdem man jene Verbindung wiederum aufgenommen hat. Daß nicht endlich einmal das Studium des römischen Rechts entbehrlich werden sollte, wird nur der bezweifeln können, welcher die modernen Völker auf dem Gebiet des Rechts zur ewigen wissenschaftlichen Unmündigkeit verurtheilt hält. Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus — das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt.

Die äußere Verdrängung des römischen Rechts in dem bei weitem größten Theil seines bisherigen Geltungsgebiets begründet wie für das Leben so auch für die Wissenschaft einen entscheidenden Wendepunkt, einen eben so wichtigen wie einst die äußere Einführung desselben. Die formelle Einheit der Wissenschaft, wie sie einst durch die Gemeinsamkeit eines und desselben Gesetzbuches für den größten Theil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz der verschiedensten Länder an

demſelben Stoff und derſelben Aufgabe iſt mit der formellen Gemeinſchaft des Rechts für immer dahin; die Wiſſenſchaft iſt zur Landesjurisprudenz degradirt, die wiſſenſchaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politiſchen zuſammen. Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wiſſenſchaft! Aber es hängt nur von ihr ſelber ab jene Schranken zu überſpringen und den Charakter der Univerſalität, den ſie ſo lange beſaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz ſich für alle Folgezeit zu ſichern. Ihre Methode wird eine andere, ihr Blick ein weiterer, ihr Urtheil ein reiferes, ihre Behandlung des Stoffs eine freiere werden, und ſo wird der ſcheinbare Verluſt in der That zu ihrem wahren Heile ausſchlagen, ſie auf eine höhere Stufe der wiſſenſchaftlichen Thätigkeit erheben. Daß dieſe neue Periode der Wiſſenſchaft bereits zur Zeit begonnen hat, davon kann ein Blick auf unſere heutige Literatur, namentlich die des Staats-, Straf-, Handels- und Wechſelrechts Jeden überzeugen.

Auch für die Bearbeitung des römiſchen Rechts wird in Folge dieſer ſeiner praktiſchen Verdrängung ein Umſchwung eintreten müſſen. Während die bisherige Form derſelben im Weſentlichen durch den Geſichtspunkt der praktiſchen Gültigkeit dieſes Rechts beeinflußt war und beeinflußt ſein konnte, wird dieſe Art der Behandlung nicht mehr ausreichen, dem römiſchen Recht fernerhin das Intereſſe der Juriſtenwelt zu ſichern. Dies wird nur dadurch zu erzielen ſein, daß die Wiſſenſchaft ſich von der bloßen *Darſtellung* des Poſitiven zu einer *Kritik* deſſelben erhebt.

In dieſer Richtung voranzugehen iſt der Zweck und die Aufgabe der vorliegenden Schrift. Was ſie beabſichtigt, iſt eine *Kritik des römiſchen Rechts*, aber nicht eine Kritik des *heutigen* römiſchen Rechts vom Standpunkt der legislativen Politik aus, ſondern eine geſchichtsphiloſophiſche Kritik d. h. eine ſolche, welche daſſelbe auf ſeinem ganzen Wege von Anfang bis zu Ende begleitet, nicht um ſich bei der äußern hiſtoriſchen Thatſache zu begnügen, wie es die römiſche Rechtsgeſchichte zu thun pflegt, ſondern um das innere Getriebe des geſchichtlichen Wer-

dens, die verborgenen Triebfedern, die letzten Gründe, den geistigen Zusammenhang der gesammten Rechtsentwicklung zu ergründen. Nur auf diesem Wege wird es möglich werden ein wirkliches Urtheil über das römische Recht zu gewinnen, das Vergängliche und rein Römische in ihm von dem Unvergänglichen und Allgemeinen zu scheiden, nur auf diesem Wege endlich wird sich die Frage nach dem Werth des römischen Rechts, auf der doch schließlich seine Reception und die Bedeutung, die es für uns gewonnen hat und fernerhin hat, beruht, genügend beantworten lassen.

Bedürfniß der Lösung der Aufgabe — unsere heutige Wissenschaft und ihr wissenschaftlicher Apparat.

II. Bedarf denn die Aufgabe noch erst der Lösung? Sollte man nicht erwarten, daß sie bei der Fülle der geistigen Kraft, über die das römische Recht seit Jahrhunderten geboten hat, längst gelöst sei? Zu allen Zeiten wiederholten sich die Angriffe auf dieses Recht, zu allen Zeiten suchte man sie mit der Verweisung auf den hohen Werth desselben zurückzuschlagen; worin besteht denn derselbe? Welchen dankbareren Stoff zur Bethätigung hätte die Verehrung, die man diesem Recht zollte, finden können, als die Lichtseiten desselben hervorzuheben, und wie hätte man die Gegner wirksamer zum Schweigen bringen können? Aber unsere Literatur straft diese Erwartung Lügen, denn statt einer eingehenden Kritik des römischen Rechts gewährt sie uns nur gelegentliche allgemeine Aussprüche über die Trefflichkeit desselben, den eminenten Scharfsinn und praktischen Takt der römischen Juristen u. s. w. Weihrauch hat man dem römischen Recht genug gestreut, und es lagert sich, möchte ich sagen, um dasselbe eine glänzende Atmosphäre, durch die der Unkundige erst hindurchdringen muß, um sich ihm zu nähern; aber sobald er sie hinter sich hat, sobald der Gegenstand selber in seiner Nacktheit sich ihm zeigt, tritt eine bittere Enttäuschung ein, und man begreift nicht, worin die viel gepriesene Größe desselben bestehen soll. Bei längerer

Beschäftigung mit demselben offenbart sie sich freilich, aber mehr dem Gefühl als der Erkenntniß; es verhält sich damit, wie mit dem Zauber, den manche Persönlichkeiten ausüben: man fühlt ihn, ohne sich bewußt zu sein, worauf er eigentlich beruhe. So hat auch das römische Recht auf tausende und aber tausende seiner Jünger die höchste Anziehungskraft ausgeübt; in ihnen allen lebte das Gefühl seiner Größe und artete nicht selten in fanatische Blindheit aus, aber an die wissenschaftliche Begründung dieses Gefühls hat man kaum gedacht. Man begnügte sich, den Gegenstand auf das sorgfältigste zu erforschen und, wo es galt, ein Urtheil abzugeben, ihm in den allgemeinsten Ausdrücken ein glänzendes Zeugniß auszustellen. Bedürfte es aber eines solchen, käme es darauf an die Größe des römischen Rechts auch für den Unkundigen in ein helles Licht zu setzen und dem Zweifler den Mund zu schließen, so brauchte man nur die Thatsachen sprechen zu lassen; die Geschichte selbst hat dem römischen Recht das beste Zeugniß ausgestellt, in der Rolle, die es gespielt hat, liegt die Größe desselben in unverkennbaren Zügen ausgesprochen. Aber wenn man weiter dringt, wenn man frägt: worauf beruht letztere, wodurch unterscheidet sich das römische Recht so sehr zu seinem Vortheile von andern Rechten, dann geben uns selbst die größten Kenner desselben nur ungenügende Antwort. Man preist den Scharfsinn und die Consequenz der römischen Juristen, aber damit ist gar wenig gewonnen. Dieselbe Eigenschaft findet sich in nicht minderm Grade, ja vielleicht mit einer noch schärferen Spitze in der talmudischen Jurisprudenz[2a]) und in der juristischen und moralischen Casuistik der Jesuiten,[2b]) und doch wie sehr treten beide hinter das römische Recht in den Schatten! Wenn man auch noch so viele Vorzüge der römischen Juristen namhaft machen will, so führen sie alle nur zu dem einen Satze, daß sie

2a) Man vergleiche z. B. den Schulchan Aruch (abgekürzte Uebersetzung. Hamburg 1838).

2b) Namentlich in der Lehre vom Eide und von der Ehe.

große Meister gewesen seien. Wer aber von irgend einem Product nachweisen will, daß und warum es ein Meisterstück sei, wird gewiß nicht den Weg einschlagen, daß er zeigt, der Urheber habe alle Eigenschaften besessen, um ein solches Meisterstück zu liefern, sondern er wird sich an das Werk selbst halten und alle Vorzüge desselben in das rechte Licht setzen.

Einen Ansatz zur eingehenderen Beantwortung der Frage vom Werth des römischen Rechts haben meines Wissens nur zwei Männer gemacht: Savigny und Stahl[2c]) — beide meines Erachtens in einseitiger und ungenügender Weise. Der gangbaren Ansicht, welche diesen Werth in seinem Inhalt gesucht hatte, tritt Ersterer in entschiedenster Weise entgegen, indem er denselben ausschließlich in seine Form, in die an dem Stoff sich bethätigende Methode der römischen Juristen setzt. Das materiell Werthvolle im römischen Recht, meint er, sei „so allgemeiner Natur, daß es meist schon durch gesunden Verstand ohne alle juristische Bildung gefunden werden könnte; um einen so leichten Gewinn habe es sich nicht gelohnt, Gesetze und Juristen von zweitausend Jahren her zu unserer Hülfe zu bemühen." Er versucht dann, die Methode der römischen Juristen zu charakterisiren, indem er das Wesen derselben in der Sicherheit findet, mit der dieselben die leitenden Grundsätze ihrer Wissenschaft beherrschen und zur Anwendung bringen, gewissermaßen „mit den Begriffen rechnen." Theorie und Praxis sei ihnen gar nicht verschieden, ihre Theorie sei bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis werde stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. Ueber den materiellen Werth des römischen Rechts könnten die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die Meisterschaft in der juristischen Methode seien ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme hätten.

2c) Ersterer in seiner Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Aufl. 3, S. 27 fl., dieser in seiner Philosophie des Rechts. 2. Aufl. Bd. 2. Abth. 1. Anhang.

Dies der Kern der Savigny'schen Ansicht. Es möge unerörtert bleiben, ob Savigny das Eigenthümliche der juristischen Methode wirklich getroffen, nach meinem Dafürhalten hat er es nicht, denn alles, was er von ihr aussagt, gilt von jeder praktischen Wissenschaft. Auch der Mediciner soll dieselbe Sicherheit der leitenden Grundsätze seiner Wissenschaft besitzen, auch bei ihm soll Theorie und Praxis in der Weise eins sein, daß er „mit Leichtigkeit vom allgemeinen zum besondern und vom besondern zum allgemeinen übergehen kann." Doch davon möge hier abgesehen werden. Ungleich wichtiger ist ein anderer Punkt. Nach Savigny beruht der Werth des römischen Rechts für uns im Wesentlichen darauf, daß die eigenthümliche Form, in der Justinians Compilatoren die juristische Literatur für ihre Zwecke verwandt haben, uns die Gelegenheit verschafft hat, die römischen Juristen in ihrer Thätigkeit zu belauschen, gewissermaßen einen praktischen Operationscursus bei ihnen zu nehmen. Diese Form hinweggedacht, angenommen also die Compilatoren hätten den Stoff in die Gestalt eines modernen Gesetzbuchs gebracht — und das römische Recht wäre in Savigny's Augen seines Werths für uns beraubt worden. Er übersieht damit, daß in diesem Stoff selber, in den leitenden Grundsätzen, den Regeln, Eintheilungen, Rechtssätzen der Niederschlag der gesammten praktischen und theoretischen Arbeit eines Jahrtausends steckt, ein Schatz von Erfahrungen und Gedanken, der nicht erst dadurch seinen Werth erhält, daß der Zufall uns einen Einblick in die Art und Weise vergönnt hat, wie die klassischen Juristen denselben verwenden. So lehrreich und bildend es für den Jünger ist, den Meister in seiner Werkstätte arbeiten zu sehen, vergessen wir doch nicht, daß in dem Kunstwerk selber der Meister und Lehrer steckt. Der Inhalt des römischen Rechts, den Savigny für etwas so Gleichgültiges hält — was ist er anders, als die Ablagerung der römischen Jurisprudenz vom Anfange ihres Auftretens an bis zu ihrem Ende — in Verbindung mit all' den übrigen Factoren, welche dem römischen Recht seine Gestalt gegeben haben? In den Regeln, welche die römischen Juristen leh-

ren, in den positiven Rechtssätzen, die sie mittheilen, in den Eintheilungen, deren sie sich bedienen, in den Instituten, die noch heutzutage gelten — in ihnen allen steckt gebunden jene geistige Kraft, welche das römische Recht groß gemacht hat. Es hieße, dieselbe sehr unterschätzen, wenn man sie mit Savigny mit der „juristischen Methode", wie er sie schildert — dem bloßen Virtuosenthum der Anwendung des Vorhandenen — identificiren wollte. Sie bethätigte sich nicht minder in der Gesetzgebung als in der Jurisprudenz, in der Sammlung und Verwerthung der praktischen Erfahrungen nicht minder als in den theoretischen Formulirungen, in der Erfindung und der Umgestaltung der Rechtssätze nicht minder als in ihrer Anwendung. Ein klares Auge für das, was dem Leben Noth that, eine sichere und geschickte Hand in der Wahl der richtigen Mittel, ein offenes Ohr für die Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit, der Muth, den Lockungen der Consequenz zu widerstehen, wo sie mit den realen Interessen in Widerspruch geräth — das sind Eigenschaften, welche nicht minder schwer wiegen als der bloße zersetzende Verstand der Juristen und ihre, wenn ich es einmal so ausdrücken darf, manuelle Fertigkeit im Operiren. Selbst ein Savigny wird uns nicht glauben machen, daß wir das römische Recht je recipirt haben würden, wenn nicht diese Eigenschaften in Verbindung mit der rein formal juristischen Kunst demselben einen Grad der materiellen Brauchbarkeit verliehen hätten, der dasselbe für die realen Bedürfnisse und Anforderungen der modernen Welt geeignet gemacht hatte.

Um mein Urtheil über Savigny's Ansicht in ein Wort zusammen zu fassen, so mache ich ihr einen doppelten Vorwurf: erstens, daß sie den Werth des römischen Rechts ausschließlich in ein rein formales Moment: das technisch-juristische setzt, das Gewicht der übrigen den Werth der Rechte mit bestimmenden Factoren völlig übersieht, und zweitens, daß sie selbst in dieser einseitigen Richtung wiederum einer zweiten Einseitigkeit verfällt, indem sie, anstatt jenes Moment in dem Gesammtapparat des römischen Rechts: in seinen Instituten, Begriffen, Rechtssätzen als imprägnirt und

immanent anzuerkennen, es lediglich in der flüssigen Gestalt erfaßt, in der es uns durch den Zufall aufbewahrt ist, daß Justinian die römischen Juristen excerpiren anstatt verarbeiten ließ. Nach Savigny stände und fiele das römische Recht mit den justinianeischen Pandekten; wäre es denkbar, daß dieselben einmal gänzlich in allen Exemplaren verloren gingen, so hätte es seinen Werth für uns eingebüßt, während meines Erachtens die eigentliche Substanz des römischen Rechts, wie sie in unsere moderne Gesetzgebung und Wissenschaft übergegangen ist, dadurch nicht erheblich gefährdet sein würde.

Der Versuch, den Stahl a. a. O. unternommen hat, den Werth des römischen Rechts zu bestimmen, enthält dem Savigny'schen gegenüber insofern einen Fortschritt, als Stahl das Charakteristische des römischen Rechts in der Gestaltung der Institute, nicht in der technischen Virtuosität der klassischen Juristen sucht. Wie wenig aber der Gesichtspunkt der Einseitigkeit der Verhältnisse, den Stahl anlegt, ausreicht, das Wesen des römischen Rechts zu ergreifen und seinen Werth zu bestimmen, davon wird hoffentlich das vorliegende Werk hinlänglich den Beweis liefern.[2d])

So haben auch Savigny und Stahl die Frage vom Werth des römischen Rechts kaum erheblich gefördert, und die Aufgabe, die ich oben (S. 15) als die des gegenwärtigen Werks bezeichnete: die einer eingehenden Materialkritik des römischen Rechts, harrt zur Zeit noch ihrer Lösung. Es ist weder der Versuch einer Beurtheilung des römischen Rechts im Ganzen und Großen gemacht, noch pflegt bei der Bearbeitung einzelner Lehren von wenigen rühmlichen Ausnahmen abgesehen (vor allen G. Bruns Das Recht des Besitzes) eine kritische Betrachtungsweise für nothwendig erachtet zu werden. Man nimmt das römische Recht eben hin, als könne es nicht anders sein, als sei mit einer möglichst reinen Darstellung desselben die Aufgabe der Wissenschaft ihm gegenüber

2d) Ueber die relative Wahrheit dieses Gesichtspunktes s. II. §. 39, wo zugleich die Täuschung, in der Stahl rücksichtlich seiner befangen ist, angegeben werden wird (Note 422).

völlig gelöst. Der Grundzug unserer ganzen dem römischen Recht zugewandten wissenschaftlichen Thätigkeit seit Jahrhunderten ist der des unbefangenen Positivismus, unser Skepticismus reicht über die rein positiven Fragen, bei denen er allerdings nicht müde wird sich zu bethätigen, nicht hinaus, es genügt uns die Kenntniß der Thatsachen, das Urtheil kümmert uns nicht. Versteht sich aber letzteres etwa so sehr von selbst, daß die Wissenschaft nicht weiter darum zu bekümmern braucht? Das wäre ein großer Irrthum; man müßte gar keine Ahnung von der Bedeutung und dem Umfang dieser Aufgabe haben. Oder ist unsere Jurisprudenz bei ihrer praktischen Tendenz gleichgültig gegen alle Fragen, die sich nicht unmittelbar auf die praktische Anwendbarkeit des Rechts beziehen? Dies ist eben so wenig der Fall, wie ja die eifrige Cultur der römischen Rechtsgeschichte am besten bezeugt.

Nein, scheuen wir uns nicht, den Vorwurf auszusprechen: der Grund jenes Versäumnisses liegt nicht im Nicht-Wollen, sondern im Nicht-Können. Zu einer wahrhaften Kritik des römischen Rechts, zur Erforschung seines innersten Wesens und seiner letzten Gründe fehlt es unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjectiven Fähigkeit wie an dem objectiven wissenschaftlichen Apparat. Die Beschaffenheit des Stoffes, dem ihre ganze Thätigkeit gewidmet ist, zwingt sie, denselben stets in größter Nähe, ich möchte sagen mit der exegetischen Lupe in der Hand zu betrachten, und diese Fertigkeit ist durch Uebung so sehr in ihr ausgebildet, ihr wissenschaftlicher Apparat, ihre Lupen und Mikroskope sind so scharf geschliffen, daß sie in der kleinsten unscheinbarsten Stelle aus den Pandekten oder Gajus gewissermaßen das Blut circuliren sehen kann. Aber wie dadurch einerseits das Auge für solche mikroskopische Beobachtungen geschärft wird, nimmt andererseits die Weitsichtigkeit desselben ab, und es stellt sich wohl gar geradezu eine Abneigung gegen die Einnahme entfernterer Standpunkte ein. Ist es nicht erklärlich, daß mancher, der jedes Sandkorn in der Nähe sieht, in allgemeineren Gesichtspunkten nichts erblickt als verschwimmende Umrisse, Seifenblasen, an denen

nur ungründliche Naturen Gefallen finden können? Unſere gegenwärtige Aufgabe erfordert aber durchweg ein Operiren mit allgemeinen Geſichtspunkten, eine Betrachtung aus der Ferne. Um das römiſche Recht zu beurtheilen, können wir uns nicht an einzelne Beſtimmungen deſſelben halten, ſondern wir müſſen daſſelbe principiell erfaſſen, wir ſind daher beſtändig gezwungen zu abſtrahiren. Statt der Lupe bedürfen wir, wenn der Vergleich erlaubt iſt, der Teleſkope, ſtatt einer Kritik, welche die Ueberlieferungsform des römiſchen Rechts, die Handſchriften, Varianten u. ſ. w. zum Gegenſtand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre deſſelben. Wer meſſen will, bedarf eines Maßſtabs, und den Maßſtab zur Beurtheilung eines einzelnen Rechts kann uns nur die allgemeine Lehre von der Natur und Erſcheinungsform des Rechts überhaupt geben. Wie dürftig iſt es aber mit dieſer Lehre beſtellt, wie gering iſt das Kapital von Begriffen, Anſchauungen und Geſichtspunkten, das uns die heutige Jurisprudenz zu dieſem Zwecke zu Gebote ſtellt. Mir iſt dieſer Mangel bei meiner Arbeit in hohem Grade fühlbar geworden. An wie mancher Erſcheinung mußte ich ohne Ausbeute vorübergehen, bei der es mir doch gewiß war, daß ſie einen geiſtigen Gehalt in ſich ſchließe, den zu finden es nur einer Erweiterung der rechtsphiloſophiſchen Auffaſſung bedürfe. Was uns im Leben täglich begegnet, geſchieht auch in der Wiſſenſchaft; gedankenlos gehen wir an manchen inhaltreichen Erſcheinungen vorbei, und wenn wir darauf aufmerkſam gemacht ſind, erſcheint uns unſer früheres Ueberſehen unbegreiflich — die Verwunderung iſt nach Plato der Anfang der Philoſophie. So wird auch eine kommende Zeit es unerklärlich finden, daß unſere gegenwärtige Jurisprudenz, die eine ſo hohe Kenntniß des römiſchen Rechts beſitzt, doch eine ſo geringe Beobachtungsgabe für die charakteriſtiſchen Eigenſchaften deſſelben gehabt hat, daß uns verſchloſſen blieb, was demnächſt, wenn der rechte Geſichtspunkt dafür gefunden, dem blöden Auge ſichtbar iſt. Mich hat bei meiner Aufgabe öfter das Gefühl beſchlichen, als hätte ich vor mir den geſtirnten Himmel; die Reſul-

tate meiner Beobachtung erhöhen täglich in mir die Ueberzeugung, daß ſich hier dem Forſchergeiſte noch ein unendliches Feld von Entdeckungen öffnet, aber bei jedem Schritte, den ich vorwärts zu machen ſtrebe, hemmt mich, um im Bilde zu bleiben, der dürftige Apparat der Sternwarte und drängt mir die Ueberzeugung auf, daß er ſelbſt erſt vermehrt und verbeſſert werden muß, damit die Ausbeute lohnender werde. In demſelben Maße, in dem die allgemeine Naturlehre des Rechts auf rechtsphiloſophiſchem und empiriſch-comparativem Wege ſich vervollkommnet und an neuen Begriffen und Geſichtspunkten ſich bereichert, wird auch die Einſicht in das wahre Weſen des römiſchen Rechts ſteigen. Jene Naturlehre ſelbſt liegt heutzutage noch in der Kindheit, und die vorliegende Schrift hat neben ihrer Hauptaufgabe zugleich die Beſtimmung, dieſe Lehre um einige Beiträge zu bereichern, bei Gelegenheit der Beurtheilung eines einzelnen Rechts Geſichtspunkte aufzuſtellen, die dem Weſen des Rechts überhaupt entnommen ſind, eine allgemeinere Wahrheit beanſpruchen. Ihre Benutzung für unſern ſpeziellen Zweck wird eine nähere Begründung derſelben unvermeidlich machen, aber auch nur ſoweit jener Zweck es erheiſcht, werden wir es uns verſtatten, dieſelben auszuführen.

Mit dieſer Verſicherung ſcheinen ſchon die nächſten Paragraphen in Widerſpruch zu treten. Dieſelben ſollen nämlich die richtige Methode für eine rechtshiſtoriſche Darſtellung vorzeichnen, und daß unſere Aufgabe rechtshiſtoriſcher Art iſt, liegt auf der Hand, denn das römiſche Recht läßt ſich ohne Eingehen auf ſeine Geſchichte nicht beurtheilen. In wie fern unſere Aufgabe von der römiſchen Rechtsgeſchichte abweicht, wird ſich bei der Begründung der Methode am beſten beſtimmen laſſen. Ich gehe bei dieſer Begründung von der Idee aus, daß jede Darſtellung der Geſchichte des Rechts den beiden Begriffen des Rechts und der Geſchichte eine Genüge thun ſoll — ein gewiß höchſt unſchuldiger Satz, den, möchte man ſagen, kein Rechtshiſtoriker je außer

Augen gelassen hat. Aber in wie manchen Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte zeigt sich das gerade Gegentheil, wie manche enthalten in Wahrheit weder eine Geschichte, noch eine Geschichte des Rechts, sondern eine nach Zeit und Inhalt angeordnete Zusammenstellung rechtshistorischen Materials, ein Inventarium der römischen Rechtsgeschichte. Die folgende Darstellung wird die Grundgebrechen der herrschenden Methode bezeichnen, und sie sind so tief eingewurzelt, daß es nicht ausreichte, sie durch die That zu widerlegen, sondern daß ich es für unerläßlich hielt, dem Versuch einer solchen thatsächlichen Widerlegung die Begründung der nach meiner Ansicht richtigen Methode vorauszuschicken. Letzteres selbst war nur durch eine zusammenhängende Entwicklung der aus den beiden Begriffen des Rechts und der Geschichte sich für den Rechtshistoriker ergebenden Consequenzen möglich. Es ist aber nicht auf eine philosophische Analyse beider Begriffe abgesehen, sondern unser Zweck verstattet es uns von einfachen, unbestrittenen Wahrheiten auszugehen und uns mit einfachen Resultaten zu begnügen. Die einfachsten Wahrheiten werden aber bekanntlich nicht selten übersehen oder nicht zur Anwendung gebracht, und dieser alte Satz bewährt sich auch hier.

Methode der rechtshistorischen Darstellung.

1. Anforderungen, die in der Natur des Rechts enthalten sind.

1. Anatomische Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Bestandtheile desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute — psychische Organisation des Rechts — Differenz zwischen dem objectiven Recht und der subjectiven Erkenntniß — (latente Bestandtheile des Rechts) — Aufgabe der Wissenschaft.

III. Wir gehen von der heutzutage herrschenden Auffassung des Rechts als eines objectiven Organismus der menschlichen Freiheit aus. Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, daß das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äußerliches

Aggregat willkührlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerlich abgeschlossenes Product der Geschichte ist. Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Antheil an der Bildung desselben, aber sie *findet* mehr, als daß sie *schafft*, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungsleben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, daß sie dieselben aufrichtete und gestaltete. Der Drang des Lebens hat das Recht mit seinen Anstalten hervorgetrieben und unterhält dasselbe in unausgesetzter äußerer Wirklichkeit. Die Gestalt, welche die Sinnesart des Volks und seine ganze Lebensweise demselben aufgedrückt hat, ist das, was jede legislative Reflexion und Willkühr vorfindet, und woran sie nicht rütteln kann, ohne selbst zu Schanden zu werden. In steter Abhängigkeit von dem Charakter, der Bildungsstufe, den materiellen Verhältnissen, den Schicksalen des Volks verläuft die Bildungsgeschichte des Rechts, und neben den gewaltigen historischen Mächten, welche dieselbe bestimmen, schrumpft die Mitwirkung des menschlichen Verstandes, wenn er statt Werkzeug Schöpfer sein will, in Nichts zusammen.

Die reale, objective Schöpfung des Rechts, wie sie uns in der Gestaltung und Bewegung des Lebens und Verkehrs als verwirklicht erscheint, läßt sich als ein Organismus bezeichnen, und an dieses Bild des Organismus wollen wir unsere ganze Betrachtung anknüpfen. Indem wir dieses Bild benutzen, legen wir damit dem Recht die Eigenschaften eines Naturproductes bei, also Einheit in der Vielheit, Individualität, Wachsthum von innen heraus u. s. w. Diese Vergleichung, die Bezeichnung: organisch, natürwüchsig ꝛc. ist heutzutage eine sehr beliebte geworden, aber nicht selten ist sie ein prunkendes Aushängeschild, hinter dem sich eine ganz mechanische Behandlungsweise verbirgt, ein Glaubensbekenntniß in Worten, das man im ersten Paragraphen ablegt, um es nachher durch die That verläugnen zu dürfen.

Jeder Organismus macht eine doppelte Betrachtung möglich, eine *anatomische* und eine *physiologische*; jene hat die Be-

ſtandtheile deſſelben und ihr Ineinandergreifen, alſo ſeine Structur, dieſe die Functionen deſſelben zum Gegenſtand. Wir wollen das Recht dieſen beiden Betrachtungsweiſen unterwerfen [2e]), und zwar wenden wir uns in dieſem Paragraphen zuerſt der Structur deſſelben zu.

Wie jeder Organismus zuſammengeſetzt iſt aus verſchiedenen Theilen, ſo auch der des Rechts. Je edler aber und zarter dieſe Theile organiſirt ſind, je weniger ſie alſo auf der Oberfläche liegen, deſto ſpäter kommen ſie dem Menſchen zum Bewußtſein, und dies gilt auch vom Recht. Bei jedem Volke hat die Kunde von der Organiſation des Rechts, vom Aeußerlichen immer weiter zum Innerlichen aufſteigend, eine lange Stufenleiter zurücklegen müſſen. Die Frucht dieſer auf die Erkenntniß des Rechts gerichteten Thätigkeit iſt das Ausſprechen des Erkannten, ich nenne es das Formuliren des Rechts. Es geſchieht theils aus dem Volke heraus, indem die thatſächlich beobachteten Normen in Form von Rechtsſprüchwörtern ausgedrückt werden, theils durch den Geſetzgeber, indem er das in Form des Gefühls oder Gewohnheitsrechts vorhandene Recht ausſpricht und anerkennt, theils endlich durch Doctrin und Praxis, indem ſie ſich der geltenden Rechtsſätze oder ihrer Conſequenzen bewußt werden. Alle dieſe Beiträge ſind Ver-

---

2e) Erſt ſeit dem Erſcheinen der erſten Auflage bin ich auf eine Stelle von Bentham aufmerkſam geworden, in welcher derſelbe eine ähnliche Betrachtungsweiſe für das Recht aufſtellt. Sie findet ſich bei Etienne Dumont, Jeremias Benthams Principien der Geſetzgebung. Cöln 1833. S. XXIII. „Nicht in Büchern über das Recht, ſagt er, habe ich Mittel zur Erfindung und Muſter der Methode gefunden, vielmehr in Werken über Metaphyſik, Phyſik, Naturgeſchichte, Medicin. Indem ich einige neuere Abhandlungen über die zuletzt genannte Wiſſenſchaft las, erregte die Claſſification der Uebel und Heilmittel in einem beſondern Grade meine Aufmerkſamkeit. Könnte man nicht dieſelbe Anordnung auch auf die Geſetzgebung übertragen? Könnte der politiſche Körper nicht auch ſeine Anatomie, ſeine Phyſiologie, ſeine Noſologie, ſeine Materia medica haben? Was ich in Tribonian, Cocceji, Blakſtone, Battel, Pothier, Domat gefunden habe, iſt ſehr wenig; Hume, Helvetius, Linnee, Bergmann, Cullen ſind mir weit nützlicher geweſen."

suche, das Recht ins Bewußtsein zu bringen, und für alle diese Versuche gilt jener Satz, daß die Erkenntniß mit dem Aeußerlichen beginnend erst allmählig zum Innerlichen aufsteigt. Dies wollen wir im folgenden ausführen und, indem wir dem menschlichen Geist in dieser seiner Arbeit folgen, die Stufenleiter in der Organisation des Rechts selber kennen lernen.

Das erste, was er erblickt, sind die äußeren, praktischen Spitzen des Rechts, die Theile, deren Thätigkeit ihm sofort in die Augen springen muß: die Rechtssätze. Er sieht, daß etwas geschieht und sich stets wiederholt, er fühlt, daß es geschehen muß, und faßt dies Müssen in Worte. So entstehen die Rechtssätze. Aber wie weit bleiben diese Abstractionen hinter der Wirklichkeit, der sie entnommen sind, zurück; wie roh und lückenhaft ist das Bild, das sie uns von derselben gewähren. Sie gleichen den ersten plastischen Versuchen eines Volkes. So wenig wie man aus letzteren folgern dürfte, daß Menschen und Thiere zu jenen Zeiten so ausgesehen hätten, wie sie in diesen unvollkommnen Nachbildungen erscheinen, so wenig ist die Annahme verstattet, daß sämmtliche Rechtsregeln aus der Kindheitsperiode eines Volkes ein getreues Bild seines Rechts gewähren. Sie sind nichts als rohe Umrisse, wesentlich berechnet darauf durch die lebendige Anschauung ergänzt und vervollständigt zu werden; zwischen ihnen und dem Rechte, wie es thatsächlich zur Anwendung gelangt, herrscht sowohl in qualitativer wie quantitativer Hinsicht die größte Differenz.

Ist dies nicht eine gewagte Behauptung? Wie wissen wir denn, daß das Recht einen andern Umfang und Inhalt gehabt habe, als die uns erhaltenen Rechtssätze bekunden? Die Sache ist einfach. Um einen Gegenstand richtig darzustellen, ist eine doppelte Fähigkeit nöthig; die: ihn getreu in sich aufzunehmen und die: ihn getreu wieder zu geben, oder mit andern Worten Beobachtungsgabe und Darstellungstalent. Auf das Recht angewandt also ist erforderlich, daß der Darstellende unter der

bunten Hülle der concreten Lebensverhältnisse, aus denen er die Regel abstrahiren soll, den rechtlichen Kern wahrzunehmen, und sodann, daß er ihn entsprechend zu formuliren verstehe. Wie wir aber in der uns umgebenden äußeren Natur täglich so manche bedeutungsvolle Erscheinung übersehen, und oft erst ein Zufall den Beobachter aufmerksam macht und ihn zu den wichtigsten Entdeckungen führt, ganz so ist es auch in der moralischen Welt, ja es gilt dies für sie, die nur mit dem geistigen Auge wahrgenommen werden kann, in noch viel höherm Grade. Wir finden eine bestimmte Organisation derselben vor und haben uns an die gleichmäßige Fortdauer derselben in einer Weise gewöhnt, daß wir gar nicht auf die Frage kommen, in wie weit diese Ordnung bloß factischer, zufälliger, in wie weit sie rechtlicher, nothwendiger Art sei. Da macht der Zufall, daß Jemand in irgend einem Punkt dieser Ordnung zuwider handelt, uns aufmerksam; wir werfen die Frage auf, und mit der Frage ist auch die Antwort, die Erkenntniß da. So verdankt vielleicht auch die Kunde der moralischen Welt dem Zufall ihre folgenreichsten Entdeckungen. Bei vielen Entdeckungen ist die Antwort weniger schwierig gewesen als die Frage, und der Wissenschaft, die vor lauter Antworten nicht zum Fragen gelangte, hat oft der Zufall zu Hülfe kommen und die rechten Fragen hinwerfen müssen.

Mühsam und langsam schleicht auf dem Gebiete des Rechts die Erkenntniß, und auch bei hoher Reife der Wissenschaft entzieht sich manches ihrem Blicke. So groß die Virtuosität der klassischen römischen Juristen war, so gab es doch auch zu ihrer Zeit Rechtssätze, die da waren, ohne von ihnen erkannt zu sein, und die erst durch die Bemühungen der heutigen Jurisprudenz ans Tageslicht gebracht sind, ich bezeichne sie als *latente* Rechtssätze. Wenn man uns fragt: wie war dies möglich, da sie doch, um angewandt zu werden, erkannt sein mußten, so können wir statt aller Antwort auf die Sprachgesetze verweisen. Dieselben werden von Tausenden täglich *angewandt*, die nie etwas von ihnen gehört haben, und selbst der Gebildete ist sich ihrer nicht

immer vollständig bewußt; was der Erkenntniß gebricht, ersetzt das Gefühl, der grammatikalische Instinct. [3])

Also die Entdeckung der vorhandenen Rechtsregeln ist bedingt durch die Beobachtungsgabe. Daß letztere aber nach Verschiedenheit der Zeiten und Individuen großer Abstufungen fähig ist, liegt eben so sehr auf der Hand, als daß das Maß derselben im allgemeinen sich nach der geistigen Bildung des Beobachtenden bestimmt. Wir werden also nicht Unrecht thun, wenn wir ungebildeten, rohen Völkern zurufen: Das wenigste von der Rechtswelt, die Euch umgibt, habt Ihr begriffen, das meiste entzieht sich Eurem Auge und lebt bloß in Eurem Gefühl; Ihr steht in Rechtsverhältnissen, ohne es zu wissen, Ihr handelt nach Normen, die Keiner von Euch ausgesprochen hat; die Rechtssätze, von denen Ihr Kunde habt, sind nur vereinzelte Streiflichter, welche die Welt des thatsächlichen Rechts in Euer Bewußtsein wirft.

---

3) Ich kann es mir nicht versagen, hier eine Bemerkung von einem Sprachforscher, dessen Resultate ich im Laufe des Werks noch oft benutzen werde, mitzutheilen, nämlich von Pott Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen u. s. w. Bd. 1. 1833. S. 146: „Jene umgekehrte Kurzsichtigkeit, welche wohl entfernte Punkte, aber nicht die ganz nahe liegenden wahrnehmen läßt, offenbart sich im geistigen Sinne am Menschen vorzüglich rücksichtlich der Kenntniß seiner Muttersprache. Diese bietet dem Fremden auf den ersten Blick eine Menge auffallender und hervorstechender Punkte dar, die der, welcher sie von Kindesbeinen an redet, eben der Gewohnheit wegen entweder nie oder nur schwer inne wird; jener wird schon äußerlich gezwungen, darauf sein Augenmerk zu richten, während dieser erst den Reiz des Aufmerkens durch Willenskraft hervorbringen muß. Daher die bekannte Erscheinung, daß man sich in der Regel der Muttersprache erst durch die Erlernung fremder Sprachen recht bewußt wird, und daß es fast schwerer ist eine Grammatik der Muttersprache als einer fremden zu fassen. Ferner würde der größte Sprachvirtuose vielleicht der schlechteste Grammatiker sein und umgekehrt. Doch wozu dies? Um uns dem Wahne derer entgegenzustellen, welche die Autorität eines Nationalgrammatikers in All' und Jedem für heilig halten. Es gibt aber solche Böotier, und sie kehren wieder, so oft man sie auch mit den Zinken austreibt." Statt Sprache und Nationalgrammatiker setze man Recht und Nationaljurist, und nomine mutato narratur fabula de te.

Als zweite bei der Aufstellung von Rechtssätzen mitwirkende Eigenschaft bezeichneten wir das Formulirungsvermögen oder die Fähigkeit, den entdeckten Rechtssätzen ihren angemessenen Ausdruck zu geben. Sie setzt eine richtige Erkenntniß voraus, aber sie ist noch nicht mit ihr gegeben; wie manche Anschauung steht klar und bestimmt vor unserer Seele, die wir doch nur höchst unvollkommen in Worte bringen können. Jedes, auch das relativ vollendetste Recht bietet uns Beispiele von mißlungenen Formulirungen d. h. nicht von Mißgriffen in den Bestimmungen selbst, sondern in ihrer Fassung, und beweist damit die hohe Schwierigkeit der hier zu betrachtenden Operation.[4]) Wenn letztere selbst zu Zeiten der höchsten geistigen Reife nicht immer gelingt, wie unvollkommen muß sie ausfallen bei einem Geschlechte, das geistiger Arbeit wenig gewohnt ist, wie groß also muß hier die Differenz zwischen dem thatsächlichen und dem formulirten Recht sein. Die Formulirung wird bald zu eng, bald zu weit sein. Bald werden wesentliche Voraussetzungen der Regel verschwiegen, vielleicht weil man ihrer gar nicht gedachte, vielleicht auch weil man sie für selbstverständlich ansah; bald lautet die Regel allgemein, ohne der nothwendigen Modificationen zu erwähnen; bald erscheint sie geknüpft an eine besonders hervortretende Species, während sie doch ihrer praktischen Gültigkeit nach die ganze Gattung betraf u. s. w.

Jene Differenz zwischen dem formulirten und thatsächlichen Recht ist nun sowohl quantitativer als qualitativer, extensiver als intensiver Art, oder m. a. W. neben den ausgesprochenen Rechtssätzen giebt es noch latente Rechtssätze, und die ausgesprochenen selbst enthalten nicht immer eine adäquate Formulirung, so daß also die Theorie es in ihrer Hand hat, aus dem bestehenden Recht sowohl die Summe der Rechtssätze zu vermehren als letztere selbst zu verbessern. Je nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker ist

4) Von den römischen Juristen öfters anerkannt, s. z. B. l. 1 l. 202 de R. J. (50. 17) l. 32 pr. de usur. (22. 1) l. 1. pr. de reg. Cat. (34. 7).

jene Differenz verschieden; es ist nicht blos die Culturstufe, die sie bestimmt, sondern auch die Verschiedenheit der natürlichen Anlage, des angebornen Talents. Manchem Volke ist es weniger Bedürfniß, sich sein Recht zum Bewußtsein zu bringen und es äußerlich zu fixiren, ein anderes ist von vornherein von diesem Triebe beseelt und besitzt auch die erforderliche natürliche Begabung dazu. Letztere bethätigt sich nicht sowohl quantitativ in Reichthum der Rechtssätze als qualitativ in ihrer Beschaffenheit; ja es kann die quantitative Produktivität gerade ein Zeichen von Schwäche sein. [5])

Wie graduell verschieden aber diese Differenz nach Verschiedenheit der Culturstufe immerhin sein möge, ganz gehoben wird sie nie. Bis jetzt wenigstens hat die Erfahrung bewährt, daß das Recht eine unversiegbare Quelle ist, aus der Theorie und Praxis täglich subjectiv neue d. h. bis dahin noch nicht erkannte Rechtssätze schöpfen, und bis jetzt noch haben sich die Formulirungen aller Zeiten als bildungs- und vervollkommnungsfähig bewiesen. Daß die rein doctrinellen Formulirungen beständig im flüssigen Zustande begriffen sind, täglich neue Formen annehmen, braucht kaum gesagt zu werden. Für den Laien aber bedarf es der Bemerkung, daß dasselbe auch bei den durch Gesetze ausgesprochenen Rechtssätzen der Fall ist und zwar nicht etwa — was sich von selbst versteht — blos in der Weise, daß der Gesetzgeber selbst seine Versehen rectificirt, sondern auch ohne seine Beihülfe rein auf dem Wege doctrineller Thätigkeit. Dies geschieht theils durch die Interpretation, indem der wahre Sinn des Gesetzes einer zu engen oder zu weiten Wortfassung gegenüber festgestellt wird, theils durch die analoge Ausdehnung, die eine Fortbildung des Gesetzes selbst enthält, indem sie zeigt, daß die gesetzliche Bestimmung fälschlich an einen unwesentlichen Thatbestand geknüpft war, an eine einzelne Spezies anstatt an die Gattung, und folg-

5) Bei Gelegenheit der unten folgenden Betrachtung der systematischen Seite des Rechts wird sich dies leichter entwickeln lassen.

lich über die engen Gränzen, die sie selbst sich setzte, ausgedehnt werden müsse. [6])

Nachdem wir jetzt das Resultat gefunden haben, daß zwischen dem objectiven Recht, wie es thatsächlich herrscht und zur Anwendung gelangt, und seiner Fassung in Form von Rechtssätzen, dem Dogma keine vollständige Congruenz besteht, wollen wir eine Frage beantworten, die sich gewiß manchem Leser aufgedrängt hat. Man könnte nämlich meinen, daß jene mangelhaften Formulirungen eine nachtheilige Rückwirkung auf das Recht selbst ausüben müßten. Wie verhält es sich damit? Man muß unterscheiden. Gerade zu den Zeiten, wo sie am unvollkommensten sind, weil das Formulirungsvermögen auf der niedrigsten Stufe steht, droht diese Gefahr am wenigsten. Wo nämlich die Anwendung derselben zu einem Widerspruch mit dem Recht, wie es objectiv in der Wirklichkeit und subjectiv in dem Gefühl und der Anschauung lebt, führen würde, tritt letztere rectificirend dazwischen. [7]) Zwischen den Rechtssätzen und dem wirklichen Recht besteht hier das Verhältniß, welches ein römischer Jurist [8]) für die regulae juris dahin angibt: regula est, quae rem, quae est, brevi-

6) Die analoge Ausdehnung wird am häufigsten in dem Falle eintreten, wenn zur Zeit der Erlassung des Gesetzes nur bestimmte einzelne Spezies der Gattung bekannt waren, und hinterher erst andere aufkamen, z.B. ein Gesetz aus alter Zeit spricht bei der Münzfälschung von gemünztem Gelde, späterhin aber kommt Papiergeld auf. Indem nun die Doctrin das Gesetz auf letzteres ausdehnt, geht sie von der Idee aus: Das Gesetz war für den Gattungsbegriff Geld (öffentlich beglaubigtes Tauschmittel) bestimmt, es erscheint aber an eine Spezies (Metallgeld) geknüpft, weil zur Zeit seiner Abfassung die Gattung noch mit dieser einen Spezies zusammenfiel; das wesentliche seines Thatbestandes liegt aber nicht in dem, was die Spezies auszeichnet (Metall), sondern in dem, was der Gattung gemein ist (Geld). Das Weitere in §. 39.

7) Auch hier verweise ich wieder auf die Analogie der Sprache. Unrichtige grammatikalische Regeln schaden dem Sprachgebrauch des Lebens zu den Zeiten am wenigsten, wo die Fertigkeit grammatischer Abstractionen am wenigsten ausgebildet ist.

8) Paulus in der l. 1 de R. J. (50. 17).

ter enarrat; non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Auch verdient dabei wohl beachtet zu werden, theils daß die Verhältniſſe ſelber zu jenen Zeiten noch nicht ſo complicirt ſind, theils daß dieſe Rechtsſätze den Zeitgenoſſen, welche die concreten Rechtsverhältniſſe täglich vor Augen haben, in einem ganz andern Lichte erſcheinen als dem ſpäteren Beobachter; jenen genügt eine unvollkommne Skizze, ſie reproducirt in ihnen das vollſtändige Bild, während dieſer eben nichts darin erblickt als rohe Umriſſe. Man könnte ſie auch Notizen nennen, die ſich ein Volk über die Erweiterung ſeines Rechtsbewußtſeins macht. So dürftig ſie ſind, ſo unverſtändlich für jeden Dritten, der die Vorausſetzung ihres Verſtändniſſes nicht mitbringt, ſo ſind ſie doch für den, der ſie aus ſeiner lebendigen Anſchauung des Lebens und dem Allen gemeinſamen Rechtsgefühl zu ergänzen vermag, vollkommen ausreichend.

Je mehr nun im Laufe der Zeit die Friſche und Lebendigkeit der unmittelbaren Anſchauung des Rechts abnimmt, um ſo mehr ſteigt (wie bei der Sprache) der Einfluß der Theorie auf die Anwendung des Rechts und damit auch die Möglichkeit, daß Mißgriffe, welche ſie bei der Formulirung ihrer Rechtsſätze begangen hat, praktiſche Nachtheile hervorrufen. Aber in demſelben Maße, in welchem das Bedürfniß nach richtiger theoretiſcher Erfaſſung des Rechts fühlbarer und dringender wird, mehrt ſich auch das Vermögen ſeiner Befriedigung — die Formulirung des Rechts kommt dem Recht ſelber immer näher, aus einer dürftigen Skizze ſucht ſie ein wirklicher „Spiegel" zu werden.

Welchen Nutzen gewährt uns die bisherige Ausführung für unſern Zweck, was ſind die Conſequenzen, die ſich daraus für die Methode der Darſtellung des Rechts ergeben? Zwei Sätze ſind es, oder richtiger ein Gedanke, der uns nach zwei Seiten hin nutzbar werden ſoll. Der Grundgedanke nämlich, den wir bisher entwickelt haben, daß die Rechtsſätze nur die äußerſten praktiſchen Spitzen des Rechts ſind, aber weder extenſiv noch intenſiv den realen Gehalt deſſelben erſchöpfen, dieſer Grundgedanke richtet

an uns nach der einen Seite eine Warnung, nach der andern eine Aufforderung. Eine Warnung — nämlich die, das Recht irgend einer Zeit nicht mit ihren Rechtssätzen zu identificiren. Je niedriger die Bildung der Zeit, je geringer ihre Fertigkeit zu abstrahiren und zu formuliren, um so weniger dürfen wir glauben, wie in ihren ersten dürftigen Grammatiken eine zutreffende Darstellung ihrer Sprache, so in ihren Rechtssätzen, und wären sie uns auch sämmtlich erhalten, ein getreues Bild ihres Rechts zu besitzen. Was wir an denselben haben, ist das Bewußtsein der Zeit über ihr Recht, nicht das Recht selber. An diese Warnung knüpft sich denn nothwendig die Aufforderung, das Recht selbst, oder da wir es hier nur zunächst mit einem Theile des Rechts, den Rechtssätzen zu thun haben, sie selbst richtiger zu formuliren, so wie die latenten Rechtssätze ans Tageslicht zu bringen. Es scheint freilich höchst gewagt, wenn der vielleicht um mehrere Jahrtausende später lebende Historiker sich vermessen will, den Rechtssätzen der Vergangenheit erst ihre wahre Gestalt zu geben; es klingt paradox, daß ein Rechtssatz lange, nachdem er aufgehört hat zu existiren, erst entdeckt werden soll. Aber ist dies in der That so vermessen? Wie manche geschichtliche Erscheinung wird erst begriffen, nachdem sie längst vorübergegangen ist, wie manche Persönlichkeit erst richtig gewürdigt, nachdem das Grab sich über ihr geschlossen hat. Jede Zeit ist ein Räthsel, das nicht sie selber, sondern erst die Zukunft löst. Wenn der Blick der Nachwelt nicht weiter trüge als der der Zeitgenossen, so wäre die Geschichtswissenschaft eine todte, zum ewigen Stillstand verdammte Wissenschaft, sie könnte sich darauf beschränken, für jede Periode die gleichzeitigen Darstellungen abdrucken zu lassen. Dasselbe Recht, dessen sich jeder Historiker bedient, daß er seine Quellen einer Kritik unterzieht und auf Grund derselben ein selbstständiges Bild der Vergangenheit entwirft, dasselbe Recht vindicire ich dem Rechtshistoriker. Die überlieferten Formulirungen des Rechts der Vergangenheit sind die Wegweiser, nicht die Gränzpfähle seiner Forschung.

Wir gehen jetzt in der Betrachtung der Structur des Rechtsorganismus einen Schritt weiter. Die Rechtsſätze, welche wir bisher behandelt haben, ſind abſtrahirt aus einer Betrachtung der Lebensverhältniſſe und beſtimmt, die denſelben innewohnende Natur auszuſprechen und ſie ihnen zu ſichern. Zur Bildung der rechtlichen Form eines einzigen Lebensverhältniſſes müſſen aber oft verſchiedene einzelne Rechtsſätze zuſammenwirken, ſie finden alſo in dieſem ihnen gemeinſamen Zweck ihren Vereinigungspunkt und lagern ſich um ihn wie die Muskeln um den Knochen. Das in dieſer Weiſe rechtlich geformte Lebensverhältniß kann ſeinerſeits wiederum in abhängiger Beziehung zu einem andern ſtehen, ſich zu demſelben verhalten z. B. als Phaſe, als ein tranſitoriſches Moment deſſelben, wie der Erwerb und Verluſt der Rechte zu den Rechten ſelbſt; oder als Folge, wie die Succeſſion des Erben in die Schulden des Erblaſſers zu der Antretung der Erbſchaft; oder als Species zu der Gattung, wie der Kaufcontrakt zu den Contrakten, und dieſe zu den Obligationen. Auf dieſe Weiſe ſchießen denn die einzelnen Rechtsverhältniſſe, die als ſolche Gegenſtand abgeſonderter rechtlicher Beurtheilung werden können, wiederum zu größeren ſyſtematiſchen Einheiten — den *Rechtsinſtituten* — zuſammen, die, um bildlich zu ſprechen, uns das feſte Knochengerippe des Rechts darſtellen, an das die ganze Subſtanz deſſelben an Rechtsſätzen ſich anſchließt.

Es iſt die Aufgabe der Wiſſenſchaft, dieſe Gliederung des Rechts zu erforſchen, für das Kleinſte wie das Größte die richtige Stelle aufzuſuchen. Dieſe ſyſtematiſche Seite der Jurisprudenz iſt für die Erkenntniß des Rechts von ungleich höherer Bedeutung, als es auf den erſten Blick ſcheint, und wir wollen ſie daher einer genaueren Betrachtung unterziehen.

Dieſe Bedeutung beſteht nicht darin, daß das Recht ohne ſeinen ſyſtematiſchen Zuſammenhang nicht verſtanden werden kann, denn das iſt bei jedem Gegenſtande der Erkenntniß der Fall. Auch *das* bedarf heutzutage wohl keiner Bemerkung, daß das Syſtem ebenſowenig beim Recht wie bei jedem andern

Gegenſtande keine Ordnung ſein ſoll, die man in die Sache *hineinbringt*, ſondern eine ſolche, die man *herausholt*. *Jene* iſt die der Sache ſelbſt fremde Logik eines Schematismus, in den ſie gewaltſam hineingepreßt wird; es iſt ein *Netz*, das man ebenſogut über dieſes als über jenes Recht ſpannen könnte; das die Auffaſſung der Structur des individuellen Gegenſtandes mehr erſchwert als erleichtert. Syſtem iſt gleichbedeutend mit innerer Ordnung der Sache ſelbſt und daher immer ganz individuell; dieſem Rechte iſt ein anderes Syſtem eigenthümlich als jenem. Bei dem Rechte beſteht nun das Unterſcheidende der ſyſtematiſchen Thätigkeit darin, daß dadurch nicht bloß wie bei jeder andern Wiſſenſchaft das einzelne an ſeine richtige Stelle gebracht wird, ſondern daß dieſer *formale* Prozeß eine *materielle* Rückwirkung auf den Stoff ausübt, daß durch dieſe Procedur mit den Rechtsſätzen eine innere Umwandlung vor ſich geht. *Die Rechtsſätze treten gewiſſermaßen in einen höhern Aggregatzuſtand*, ſie ſtreifen ihre Form als Gebote und Verbote ab und geſtalten ſich zu Elementen und Qualitäten der Rechtsinſtitute. So bilden ſich aus ihnen z. B. die Begriffe der Inſtitute, der Thatbeſtand der Rechesgeſchäfte, die Eigenſchaften der Perſonen, Sachen, Rechte, Eintheilungen aller Art u. ſ. w. Ein Laie, der gewohnt iſt, ſich einen Rechtsſatz in imperativiſcher Form zu denken, würde es kaum für möglich halten, welch' bedeutender Theil des Rechtsſyſtems ſich ganz dieſer Form entledigen, und ebenſowenig, wie den Rechtsbegriffen, Eintheilungen u. ſ. w. kurz der dogmatiſchen Logik eine intenſivere praktiſche Bedeutung innewohnen kann als den Rechtsſätzen. Dieſe Logik des Rechts iſt gewiſſermaßen die Blüthe, das Präcipitat der Rechtsſätze; in einen einzigen richtig gefaßten *Begriff* iſt vielleicht der praktiſche Inhalt von zehn früheren Rechtsſätzen aufgenommen. Wir wollen einige Beiſpiele geben, und zwar nehmen wir zuerſt einige Eigenſchaften der Sachen, von denen man am wenigſten ſagen ſollte, daß ſie aus Rechtsſätzen entſprungen ſeien und ſich wieder in ſolche umſetzen ließen.

Bei der Eintheilung in res in commercio und extra commercium läßt ſich dies noch am erſten einſehen; der Rechtsſatz, der ſich unter derſelben verbirgt, lautet: gewiſſe Sachen ſollen der Privatherrſchaft völlig entzogen ſein. Schwieriger iſt es bei der Eintheilung der zuſammengeſetzten und einfachen, theilbaren und untheilbaren Sachen, denn ſie betrifft nicht einmal eine juriſtiſche, ſondern eine bloß natürliche Eigenſchaft der Sachen. Und doch iſt auch ſie von praktiſcher Kraft, es liegt in ihr z. B. folgender Rechtsſatz: Wenn eine Sache mit einer andern in Verbindung gebracht wird und zwar von der und der Beſchaffenheit, ſo gehen alle bisher an der hinzutretenden Sache beſtandenen Rechtsverhältniſſe unter; iſt ſie von der und der Beſchaffenheit, ſo geht nur der Beſitz unter, das Eigenthum und andere Rechte aber dauern fort; ſo lange die Verbindung dauert, ſteht der Eigenthümer der zuſammengeſetzten Sache in den und den Rechtsverhältniſſen zu den einzelnen Theilen: wird ſie aber wieder aufgehoben, ſo gilt hinſichtlich des Beſitzes und der Uſucapion dieſes, hinſichtlich der reivindicatio und des Eigenthumes u. ſ. w. jenes. Kurz es ſind viele praktiſche Fragen, die ſich bei der Auflöſung einer Sache in mehrere und der Zuſammenſetzung mehrerer zu einer aufwerfen laſſen, und die mittelbar durch die Entwicklung der hier in Rede ſtehenden Eigenſchaften der Sachen beantwortet werden. Nehmen wir als anderes Beiſpiel den Begriff irgend eines Rechtes z. B. des Pfandrechtes. Die Definition deſſelben lautet: Pfandrecht iſt ein Recht an einer fremden Sache, vermöge deſſen man ſie verkaufen und den Erlös zur Befriedigung einer Forderung verwenden darf. Darin liegen folgende Rechtsſätze: 1) es iſt die Verabredung rechtlich ſtatthaft, daß ein Gläubiger zur Befriedigung ſeiner Forderung eine fremde Sache verkaufe; 2) wenn die Sache ihm abhanden kommt, ſo hat er eine Klage gegen den dritten Beſitzer auf Herausgabe derſelben (in rem actio); 3) die verpfändete Sache muß eine fremde ſein; an eigener Sache kann kein Pfandrecht beſtehen, daher geht daſſelbe unter, wenn der Gläubiger das Eigenthum an der verpfändeten

Sache erwirbt; 4) die Exiſtenz einer Forderung iſt Vorausſetzung des Pfandrechts, mithin geht es unter, wenn die Forderung erliſcht und entſteht erſt in dem Augenblick, wo die Forderung exiſtent wird u. ſ. w.

Dieſe Präcipitirung der Rechtsſätze zu Rechtsbegriffen ſcheidet die wiſſenſchaftliche Auffaſſung und Behandlung eines Rechts von der Darſtellung deſſelben in einem Geſetzbuch. Der Geſetzgeber kann ſich darauf beſchränken, ſeine Anforderungen in ihrer urſprünglichen, unmittelbar praktiſchen Form aufzuſtellen, die Wiſſenſchaft aber hat nicht bloß die Aufgabe, dieſelben zu erläutern und zu ordnen, ſondern ſie auf logiſche Momente des Syſtems zu reduciren. Der Geſetzgeber gibt uns ſo zu ſagen zuſammengeſetzte Körper, die ihn bloß von Seiten ihrer unmittelbaren Brauchbarkeit intereſſiren, die Wiſſenſchaft hingegen nimmt eine Analyſe derſelben vor und zerlegt ſie in einfache Körper. Dabei zeigt ſich denn, daß manche ſcheinbar heterogene Rechtsſätze aus denſelben Elementen gebildet ſind, alſo geſtrichen, geſpart werden können; daß der eine von dem andern nur das Plus eines einzigen Momentes voraus hat, alſo die Angabe deſſelben genügt; daß mancher Rechtsſatz ganz und gar aus verſchiedenen einfachen begrifflichen Elementen beſteht, alſo umgekehrt durch Zuſammenſetzung derſelben gewonnen werden kann. So bringt alſo die Analyſe erſt die wahre Natur der Rechtsſätze zur Erkenntniß, und ihr Reſultat beſteht darin, daß die Wiſſenſchaft ſtatt der endloſen Menge der verſchiedenartigſten Rechtsſätze eine überſichtliche Zahl einfacher Körper gewinnt, aus denen ſie auf Verlangen die einzelnen Rechtsſätze wieder zuſammenſetzen kann.[13] Der Nutzen beſchränkt ſich aber nicht bloß auf dieſe Vereinfachung, die gewonnenen Begriffe ſind nicht bloße Auflöſungen

13) Es kann freilich auch völlig unauflösbare Beſtimmungen geben, rein poſitive Vorſchriften, die jeder Bemühung der Wiſſenſchaft ſpotten, und die ſich eben nur als Rechtsſätze an der betreffenden Stelle des Syſtems aufführen laſſen.

der gegebenen Rechtsſätze, aus denen immer nur letztere ſelbſt ſich wieder herſtellen ließen, ſondern ein noch höherer Vortheil liegt in der hierdurch bewerkſtelligten Möglichkeit einer Vermehrung des Rechts aus ſich ſelbſt, eines Wachsthums von innen heraus. Durch Combination der verſchiedenen Elemente kann die Wiſſenſchaft neue Begriffe und Rechtsſätze bilden; die Begriffe ſind productiv, ſie paaren ſich und zeugen neue. Die Rechtsſätze als ſolche haben nicht dieſe befruchtende Kraft, ſie ſind und bleiben nur ſie ſelbſt, bis ſie auf ihre einfachen Beſtandtheile reducirt werden und dadurch ſowohl in aufſteigender als abſteigender Linie zu andern in Verwandtſchaftsverhältniſſe treten d. h. ihre Abſtammung von andern Begriffen offenbaren und ſelbſt ihrerſeits wieder andere aus ſich hervorgehen laſſen. [14])

Bisher haben wir den Einfluß betrachtet, den dieſe Analyſe und ſyſtematiſche Verarbeitung der Rechtsſätze auf das Recht ſelbſt äußert; wir können ihn mit einem Worte bezeichnen als die Erhebung der Rechtsſätze zu logiſchen Momenten des Syſtems. Auch dem Leben gegenüber hat dieſe Operation die größte Bedeutung; ſie liefert uns nämlich, können wir ſagen, die einfachen Reagentien für die unendlich complicirten concreten Fälle des Lebens. Wer letztere nur mit Rechtsſätzen in der Hand entſcheiden wollte, würde in unaufhörlicher Verlegenheit ſein, denn die Combinationskunſt des Lebens iſt ſo unerſchöpflich, daß die reichſte Caſuiſtik eines Geſetzbuches ihren ewig neuen Fällen gegenüber dürftig erſcheinen würde. Vermöge jener wenigen Rea-

14) Um ein Beiſpiel zu geben, ſo nehmen wir an, ein neuerer Geſetzgeber habe das ganze Pfandrecht neu regulirt. Die Thätigkeit der Wiſſenſchaft wird darin beſtehn, daß ſie das Pfandrecht zuerſt in ſeine beiden Elemente auflöſt: das dingliche (das Recht an einer fremden Sache) und obligatoriſche (die perſönlichen Forderungs-Verhältniſſe zwiſchen Pfandgläubiger und Pfandſchuldner). Sodann unterſucht ſie weiter, welche Modification der Begriff eines Rechts an der Sache und der Begriff der Forderung in dieſer Combination im Pfandrecht erleidet; dieſe Modification iſt dann das Spezifiſche des Pfandrechts, das allein einer nähern Verarbeitung bedarf, und in dem das productive Princip des Pfandrechts liegt.

gentien hingegen löſen wir jeden Fall auf. Ich möchte mich noch eines anderen Vergleiches bedienen, nämlich jene ſyſtematiſche oder logiſche Structur des Rechts das Alphabet deſſelben nennen. Das Verhältniß, in dem ein caſuiſtiſch abgefaßtes Geſetzbuch zu einem auf ſeine logiſche Form reducirten Recht ſteht, iſt daſſelbe wie zwiſchen der chineſiſchen Schriftſprache und der unſrigen. Die Chineſen haben für jeden Begriff ein beſonderes Zeichen, ein Menſchenleben reicht kaum aus, ſie zu erlernen, und neue Begriffe erfordern bei ihnen erſt eine Feſtſtellung ihrer Zeichen. Wir hingegen haben ein kleines Alphabet, mittelſt deſſen wir jedes Wort auflöſen und zuſammenſetzen können; leicht zu erlernen und nie uns im Stich laſſend. So enthält auch ein caſuiſtiſches Geſetzbuch eine Menge von Zeichen für beſtimmte einzelne Fälle; ein auf ſeine logiſchen Momente reducirtes Recht hingegen bietet uns das Alphabet des Rechts, mittelſt deſſen wir alle noch ſo ungewöhnlichen Wortbildungen des Lebens entziffern und darſtellen können.

Es läßt ſich jetzt auch die Bemerkung begreiflich machen, die wir früher hinwarfen, daß nämlich der quantitative Reichthum an Rechtsſätzen ein Zeichen der Schwäche ſei. Er bekundet die Schwäche der intellectuellen Verdauungskraft, das mangelnde Vermögen, aus der Menge der Rechtsſätze die logiſche Quinteſſenz herauszuziehen und in Fleiſch und Blut aufzunehmen. Dies Vermögen iſt gerade die charakteriſtiſche Eigenſchaft der Jurisprudenz und die beſtändige Bethätigung deſſelben an den Rechtsſätzen ihre unerläßliche Pflicht. [14a])

14a) Ein helles Schlaglicht auf das im Text Geſagte wirft der Bericht der zu der Abfaſſung des ruſſiſchen Geſetzcodex eingeſetzten Commiſſion (Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois russes. Saint-Petersburg. 1833). Seit dem Geſetzbuch von 1649 waren 35000 Geſetze erlaſſen, von dieſer wüſten Maſſe fehlten aber in den Privatſammlungen, welche bis zu 5000 Rubeln koſteten, ſehr viele, aus einer beſtimmten Periode mehr als die Hälfte, 48 Jahrgänge waren gar nicht darin vertreten. Und doch findet die Commiſſion den Hauptgrund der Unvollkommenheit des Rechtszuſtandes in der unzureichenden Zahl der Ge-

Kehren wir nun mit dem im bisherigen gewonnenen Reſultat zu unſerm Ausgangspunkt zurück, ſo hat ſich alſo unſere Kenntniß des Rechtsorganismus dahin erweitert, daß die meiſten Rechtsſätze ſich zu logiſchen Momenten des Rechts und dieſe wieder zu höheren Ordnungen geſtalten, ſo daß von eigentlichen Rechtsſätzen als ſolchen nur ſehr wenig zurückbleibt. Dieſe, wie wir ſie oben nannten, Präcipitirung der Rechtsſätze im Syſtem iſt nicht ein Werk ſubjectiven Beliebens, keine von der Wiſſenſchaft vorgenommene Verarbeitung des Stoffes, ſondern ſie liegt in dem Rechte ſelbſt; indem wir ſie vornehmen und uns von den Rechtsſätzen freimachen, vertauſchen wir eine unvollkommne, äußerliche Betrachtung des Gegenſtandes mit einer innerlichen Auffaſſung deſſelben. So wie das Syſtem nichts äußerlich in den Gegenſtand hineingetragenes iſt, ſondern ſeine eigene Ordnung, ſo iſt auch die ſcheinbar durch die ſyſtematiſche Thätigkeit bewirkte logiſche Gliederung und Transſubſtantiation der Rechtsſätze in der That nur das Erkennen der wahren Natur des Rechts. Dem geübten Auge erſcheint das Recht als ein logiſcher Organismus von Rechtsinſtituten und Rechtsbegriffen, dem ungeübten als ein Complex von Rechtsſätzen; jenes iſt die innere Natur des Rechts, dieſes die dem praktiſchen Leben zugewandte Außenſeite.

Wenn wir nun ſchon hinſichtlich dieſer Außenſeite des Rechts zu dem Satze gekommen ſind, daß die Erkenntniß derſelben mit Schwierigkeiten verbunden und daher oft ſehr mangelhaft iſt, ſo gilt dies von jener logiſchen Structur des Rechts in einem noch viel höheren Grade. Das unmittelbar praktiſche Bedürfniß führt nur zu der Erkenntniß von Rechtsſätzen, es gehört eine beſonders glückliche Naturanlage eines Volkes dazu, wenn es von den Rechtsſätzen frühzeitig zur Entdeckung des Rechts-Alphabets gelangt. Wir werden ſehen, daß darin gerade die ungewöhnliche

---

ſetze (S. 86)! Erſt wenn der ganze Wuſt bei einander ſei, glaubt ſie einen Aufſchwung der Jurisprudenz in Ausſicht ſtellen zu können (S. 96, 100) — ſicherer wäre es geweſen, das Meiſte davon zu verbrennen.

Prädeſtination des römiſchen Volks zur Cultur des Rechts ſich manifeſtirt hat. Die hohen Schwierigkeiten dieſer Methode der Behandlung des Rechts wurden aber ſelbſt noch den klaſſiſchen römiſchen Juriſten fühlbar. Omnis definitio in jure civili (Bildung des Begriffs aus dem Material der Rechtsſätze) ſagen ſie, [15]) periculosa est: parum est enim ut non subverti possit; und es kommen Fälle vor, wo ſie ſich für unvermögend erklären den Begriff genau zu beſtimmen und darauf bringen, daß man ſich aus dem Leben eine Anſchauung deſſelben erwerben müſſe. [16])

Auch hier alſo iſt wieder dem ſpäter Lebenden die Gelegenheit gegeben, die Auffaſſung des Rechts der Vergangenheit von Seiten der Zeitgenoſſen zu verbeſſern, ſich zum Bewußtſein zu bringen, was ihnen verſchloſſen blieb. Wenn ſie ihm bloß ein Aggregat von Rechtsſätzen überlieferten, ſo ſoll er verſuchen, aus ihnen den logiſchen Organismus des Rechts wieder herzuſtellen; wenn ſie ihm bloß die dem Leben zugewandte Außenſeite des Rechts zeigten, ſoll er bemüht ſein, die innere logiſche Subſtanz deſſelben zu entdecken.

Wir ſchreiten jetzt in unſerer Betrachtung des Rechtsorganismus abermals einen Schritt weiter, und zwar iſt es der letzte, den wir zu thun haben. Wenn wir das Recht eines und deſſelben Volkes zu verſchiedenen Zeiten betrachten, ſo finden wir, daß die einzelnen Rechtsinſtitute, ſo groß auch immer ihr logiſcher Gegenſatz ſein möge, z. B. das Erbrecht, Obligationenrecht, die Vor-

15) L. 202 de R. J. (50. 17).

16) z. B. bei der Mora. L. 32 pr. de usuris (22. 1) . . . nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. So wenig aber auch die Begriffsformulirungen der römiſchen Juriſten immer genügen, ſo ſehr lebten doch die Begriffe in ihnen, wie die meiſterhafte Anwendung derſelben zeigt.

mundſchaft u. ſ. w., dennoch zu einer und derſelben Periode etwas gemeinſames, wir wollen ſagen, eine gewiſſe Aehnlichkeit in ihrem phyſiognomiſchen Ausdruck haben, ja daß dieſelbe höher, augenfälliger ſein kann als die Aehnlichkeit eines und deſſelben Inſtitutes in ſeinen verſchiedenen Entwicklungsphaſen mit ſich ſelbſt. Es berechtigt uns dies zu dem Schluß, daß in dem geſammten Rechtsorganismus gewiſſe Kräfte thätig ſind, welche den Geiſt, Zuſchnitt, die Richtung der einzelnen Inſtitute beſtimmen. Mit dieſer Gleichheit der treibenden Kräfte verträgt ſich aber wie in der Natur ſo auch in der moraliſchen Welt ſehr wohl eine Verſchiedenheit der Aeußerungsform. Daß z. B. die Cultur des römiſchen Rechts einen Aufſchwung nimmt zu derſelben Zeit, wo die römiſche Freiheit zu ſiechen beginnt, iſt äußerlich ebenſo verſchieden, als wenn im Thale die Bäume blühen und auf den Bergen der Schnee ſchmilzt — aber in beiden Fällen war *eine* Urſache wirkſam. Je üppiger die Lebenskraft, um ſo mannigfaltiger die Form ihrer Aeußerung, je matter, um ſo ärmer. So können denn auch im Recht dieſelben Kräfte in dem einen Inſtitut eine Beſchränkung, in dem andern eine Erweiterung, dort eine Abſchwächung, hier eine Kräftigung bewirken.

In dieſen treibenden Kräften bewährt ſich erſt recht die Einheit und Individualität des Organismus; wären ſie nicht vorhanden, ſo würde das Recht nur ein Aggregat von einzelnen Inſtituten ſein; ſie repräſentiren uns alſo gewiſſermaßen das Herz des Rechtsorganismus, von dem aus belebend und erwärmend das Blut durch alle Theile ſtrömt und ihnen jenen individuellen Charakter verleiht, an dem man erkennt, daß das Recht dieſem Volke und dieſer Zeit angehört. In jeder Ader fühlen wir bald ſchwächer, bald ſtärker den Pulsſchlag der allgemeinen Ideen, Anſchauungen, Beſtrebungen dieſes Volks und dieſer Zeit, langſam und kaum merklich führen ſie den einzelnen Inſtituten ihren Nahrungsſtoff zu und bewirken, indem ſie ſelbſt dem Wechſel der Zeit ausgeſetzt ſind, damit auch eine entſprechende Veränderung des ganzen Organismus — es iſt das *phyſiſche Moment* des Rechts,

das ſich zu der ſichtbaren Aeußerlichkeit deſſelben verhält wie die Seele zum Körper. So iſt denn der Geiſt des Volks und der Geiſt der Zeit auch der Geiſt des Rechts.

So viel ſchwieriger nun die Erkenntniß des Geiſtes iſt als die des Körpers, ſo viel ſchwieriger iſt die Erforſchung dieſes pſychiſchen Moments — des *Geiſtes des Rechts* — gegenüber der des Körpers des Rechts. Während die Rechtsſätze ſichtbar auf der Oberfläche liegen, während die Rechtsinſtitute und Rechtsbegriffe durch ihre praktiſche Anwendung ſich faſt von ſelbſt dem Bewußtſein aufdringen, ruhen jene treibenden Kräfte des Rechts im tiefſten Innern, wirken höchſt allmählig, durchdringen zwar den ganzen Organismus, aber treten regelmäßig an keinem einzigen Punkte ſo deutlich hervor, daß man ſie nothwendigerweiſe wahrnehmen müßte. Kein praktiſches Bedürfniß zwingt dazu ſich ihrer bewußt zu werden, denn ſie ſind nichts Praktiſches, keine Rechtsſätze, ſondern nur *Qualitäten*, *Charakterzüge* der Rechtsinſtitute, allgemeine Gedanken, die als ſolche gar keiner Anwendung fähig ſind, ſondern nur auf die Geſtaltung der praktiſchen Sätze des Rechts einen beſtimmenden Einfluß ausgeübt haben.

So kann es uns denn nicht Wunder nehmen, daß dieſe Seite des Rechts ſich dem geiſtigen Auge am ſpäteſten und unvollkommenſten erſchließt, daß nicht ſelten gerade diejenigen Tendenzen und Gedanken, an deren Verwirklichung *dieſe* Generation arbeitet, ihr ſelbſt verborgen bleiben und erſt einem nachfolgenden Geſchlecht klar werden. Wenn irgend etwas erſt die höhere Natur des Rechts bewahrheiten, zeigen müßte, daß es nicht Menſchenwerk, nicht bloßes Product der Reflexion iſt, ſo würde man nur auf dieſe Erſcheinung zu verweiſen haben. Ein Geſetzgeber, der mit dem vollen Bewußtſein ſeiner Zwecke und Abſichten ein Geſetz erläßt, kann nicht anders als glauben, daß es rein *ſein* Werk ſei, nur ſoviel enthalte, als er habe hineinlegen wollen, und doch ſchiebt ihm, ohne daß er es ahnt, der Geiſt der Zeit den Stoff unter, aus dem er es formt, und ſein ganzes Thun und Treiben, deſſen Einheit und Nothwendigkeit er ſelbſt nicht begriff, erſcheint dem

ſpätern Beobachter als ein völlig abgeſchloſſener einzelner Moment der geſammten Entwicklung des Rechts. Wie die Pflanze, die ſichtbar nichts äußeres aufnimmt, doch aus der Erde und der Luft ihre ganze Nahrung zieht, ſo erhält auch jedes Recht aus dem Erdreich, in dem es wurzelt, und aus der Atmoſphäre, in der es wächſt, unmerklich die Elemente ſeines Lebens. Während es geſchieht, ſieht unſer ſtumpfes Auge es nicht, aber nachdem es geſchehen, kommen wir durch die Wirkung zur Erkenntniß der Urſache.

Wenn das Geſagte nun ſelbſt für das vorgerückte Lebensalter der Völker gilt, um wie viel mehr für die Kindheit-Zeit derſelben. Dem Hiſtoriker kann es vielleicht mit leichter Mühe gelingen, für ihr ganzes Ringen und Streben das richtige Wort zu finden, das ihnen ſelber noch ein Geheimniß war. Aus jedem Rechtsinſtitute können gewiſſe nationale Grundanſchauungen uns mit überraſchender Klarheit entgegentreten, deren doch das Volk ſelber ſich niemals bewußt ward, oder deren es ſich nur in Form der Ahnung zu bemächtigen verſtand. Denn das iſt freilich nicht ſelten, daß dieſe unausgeſprochenen Gedanken in der Mythe, der Etymologie, der Symbolik u. ſ. w. in geheimnißvoller, verſchleierter Weiſe ſich einen prägnanten Ausdruck verſchafft haben — der Genius des Volks legt mitunter im träumenden Zuſtande ein Selbſtgeſtändniß ab, das wir ihm im wachenden nie entlockt haben würden.

Der Hiſtoriker findet hier alſo ein fruchtbares Feld für ſeine Thätigkeit vor, aber verhehlen wir es uns nicht, zugleich ein ſehr ſchlüpfriges. Je weiter er auf demſelben vorzudringen, je mehr er ſich der Werkſtätte der Geſchichte zu nahen ſucht, um ſo nebelhafter, verſchwimmender werden die Geſtalten, die ihm begegnen, um ſo mehr ſtellen ſich ſtatt der Geiſter, die er verfolgt, Irrlichter ein, die ihn vom wahren Wege abzuleiten drohen. Schon mit Manchem, der ausging, den Geiſt einer Sache zu ſuchen, hat dieſer Geiſt ein neckiſches Spiel getrieben, ihn bald hierhin bald dorthin gelockt und ihm ſtatt ſeiner ein Phantom in die Hände geſpielt, das nur dem Suchenden ſelbſt, aber keinem Dritten als das

erſcheinen konnte, was es ſein ſollte. Dadurch ſind denn dieſe Verſuche bei Vielen in Mißcredit gekommen, und der wiſſenſchaftliche Spießbürger, der nur glaubt, was er mit Händen greifen kann, bleibt ſeiner Natur nur treu, wenn er in ihnen nichts als ein eitles Spiel der Phantaſie erblickt. Es iſt begreiflich, daß gerade unter den Juriſten eine ſolche Stimmung verbreitet iſt; der ungläubige Thomas, der auch vom Fühlen mehr hielt als vom Sehen, wäre viel geeigneter, ihren Schutzpatron abzugeben als der heilige Ivo.

Während uns nun unſere ganze bisherige Betrachtung ſtets auf den Satz zurückgeführt hat, daß das Recht ſelbſt nicht zuſammenfällt mit dem ſubjectiven Bewußtſein, und ſich uns daraus für die Bearbeitung deſſelben die Anforderung ergeben hat, auch die latenten Seiten und Theile des Rechts ins Bewußtſein zu bringen, beſchränkt ſich die herrſchende Methode im Weſentlichen auf eine Reproduction des Dogmas d. h. die Wiedergabe der Geſetze, Rechtsſätze und Begriffe, welche die geſchichtliche Tradition ihr überliefert hat. Ihr beſtändiger Refrain für das römiſche Recht iſt Quellenſtudium, und der kühnſte Gedanke, deſſen ſie fähig iſt, beſteht in der Wiedererweckung der reinen römiſchen Theorie. Wäre es möglich, ſo würfe ſie wohl alles, was nicht direct im römiſchen Recht ausgeſprochen iſt, über Bord und ſchraubte unſere wiſſenſchaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück. Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus ſind für immer vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wiederkehren. Um ſie zurückzuwünſchen, muß man vergeſſen, daß jede Zeit Original und nicht Copie einer andern ſein ſoll, daß jede Zeit einen und denſelben hiſtoriſchen Gegenſtand unter dem ihr eigenthümlichen Geſichtspunkt betrachten darf und muß, und daß auf dieſe Weiſe mit jedem neuen Geſchlecht neue Seiten des Gegenſtandes ſelber ſich enthüllen. Dieſer Richtung gegenüber that es Noth, unſere Anſicht näher zu begründen und der Bearbeitung

des römiſchen Rechts ſowohl der dogmatiſchen als rechtshiſtoriſchen ein höheres Ziel zu ſtecken als das der bloßen Reproduction des römiſchen Dogmas.

2. Phyſiologiſche Betrachtung des Rechtsorganismus — Die Function deſſelben im Leben — Formale Realiſirbarkeit des Rechts — Die Aufgabe des Hiſtorikers gegenüber dem Recht der Vergangenheit.

IV. Der Zweck der Organe liegt in ihren Functionen; die Organe ſind vorhanden, damit ſie beſtimmte Verrichtungen ausüben. Dieſem Zwecke gemäß iſt ihre ganze Organiſation geſtaltet. Wie dies vom phyſiſchen Organismus gilt, ſo auch von dem des Rechts. Auch hier führt alſo erſt die Kenntniß der Functionen des Rechts zum Verſtändniß ſeiner Organe, die Phyſiologie zum wahren Verſtändniß der Anatomie.

Nichts iſt mithin verkehrter, als ein Recht gleich einem philoſophiſchen Syſtem bloß von Seiten ſeines geiſtigen Gehaltes, ſeiner logiſchen Gliederung und Einheit zu beurtheilen. Möge es unter dieſem Geſichtspunkt immerhin als Meiſterſtück erſcheinen, ſo iſt doch damit über ſeinen wahren Werth noch in keiner Weiſe entſchieden; letzterer liegt in ſeinen Functionen d. h. in ſeiner praktiſchen Brauchbarkeit. Was nützt es, daß eine Maſchine den Eindruck eines Kunſtwerkes macht, wenn ſie als Maſchine untauglich iſt? Man ſollte nun glauben, daß dieſer functionellen Seite des Rechts die gebührende Beachtung nie hätte entgehen können. Und doch finden wir nicht ſelten das Gegentheil. In demſelben Maße nämlich, in dem die im vorigen Paragraphen beſprochene Umwandlung des Rechts aus dem niedern Aggregatzuſtand der Rechtsſätze in den höhern der Begriffe (S. 37) vor ſich geht, wird jene functionelle Seite des Rechts dem Blick entrückt. Die imperativiſche Form der Gebote und Verbote, der Ausdruck „ſo und ſo ſoll es ſein“ erregt faſt nothwendig die Frage nach dem „warum“; anders aber, wenn die Rechtsſätze dieſe Form abgeſtreift und ſich in Rechtsbegriffe verwandelt haben. Hier wendet

sich die Kritik viel eher ihrer logischen Prüfung zu als einer Betrachtung ihrer praktischen Brauchbarkeit. Ja, es kann der Darstellende sich leicht der Täuschung hingeben, es sei etwas Hohes und Großes, den Stoff so zu verarbeiten, als sei derselbe eine Emanation des Begriffes, der Begriff also das ursprüngliche, seiner selbst wegen da seiende, während doch in der That die ganze logische Gliederung des Rechts, und sei sie noch so vollendet, nur das Secundäre, das Product der Zwecke ist, denen sie dienen soll. Daß die Begriffe so und so gestaltet sind, hat seinen Grund eben darin, daß sie nur in dieser Gestalt den Bedürfnissen des Lebens genügen, und sehr häufig ist aus dieser Rücksicht die freie logische Entwicklung derselben unterbrochen oder gehemmt. Ohne solche Eingriffe würde oft der logische Kunstwerth des Rechts ein höherer, die praktische Brauchbarkeit desselben aber eine geringere sein. [18]

Die Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisirt, ist kein Recht, und umgekehrt was die Function ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkannt ist (Gewohnheits-Recht). Die Wirklichkeit beglaubigt erst den Text, den das Gesetz oder eine andere Formulirung des Rechts aufstellt, als wahrhaftes Recht, sie ist mithin das einzige sichere Erkenntnißmittel desselben. Aber sie ist mehr, sie ist zugleich der Commentar und die Kritik jenes Textes. Usus longo tempore unus est legum corrector,

18) Diese Eingriffe des Lebens in die logische Entwicklung des Rechts nennen die Römer jus singulare, die Logik des Rechts selbst ratio, auch regula juris z. B. I. 16 de legib. (1. 3) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 15 ibid. In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Dem jus singulare selbst wird von den römischen Juristen mit Recht die logische Productivität abgesprochen, damit der Riß im Recht nicht größer werde als nöthig. Es gilt also zwar seinem ganzen Inhalt nach, aber es ist kein productives Princip I. 14 ibid: Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.

wie Livius (45, 32) ſagt. Kein Geſetzbuch, keine theoretiſche Zuſammenſtellung des Rechts irgend einer Zeit und irgend eines Volkes läßt ſich daher ohne die Kenntniß der realen Zuſtände dieſes Volkes und dieſer Zeit begreifen. Warum die Rechtsſätze da ſind, was ſie ſollen, wie ſie durch das Leben in ihrer Wirkſamkeit beeinträchtigt oder unterſtützt werden u. ſ. w. — auf alle dieſe Fragen ertheilt nur das Leben ſelbſt eine Antwort. Die Formulirung des Rechts, die wir vor uns liegen haben, iſt nichts als der Plan einer Maſchine; die beſte Erläuterung und zugleich die Kritik deſſelben gibt uns die Maſchine, wenn ſie geht. Gar manche unbeachtete Feder offenbart dann eine tiefeingreifende Wichtigkeit, und manche ſehr in die Augen ſpringende und ſcheinbar ſehr nöthige Walze ſtellt ſich als ziemlich entbehrlich heraus. In den Zwecken und Bedürfniſſen dieſer beſtimmten Zeit liegt der Grund, warum dieſes Inſtitut vorhanden iſt oder dieſe Geſtalt an ſich trägt, in den durch ſie gegebenen Vorausſetzungen der Grund, der das eine Inſtitut möglich und wiederum ein anderes überflüſſig macht. Eine weitere Ausführung dieſes Gedankens, daß jedes Recht nur vom Standpunkt des wirklichen Lebens aus begriffen werden kann, iſt ſelbſt für Laien unnöthig, [19]) aber eine

19) Ich will mir nur noch erlauben auf das Verhältniß, das hinſichtlich der einzelnen Rechtsinſtitute zwiſchen ihrer anatomiſchen Structur und Lage und ihren Functionen Statt findet, aufmerkſam zu machen. Es kann Inſtitute geben von verſchiedener anatomiſcher Structur mit gleichen oder ähnlichen Functionen z. B. das Vermächtniß und die donatio mortis causa, die altrömiſche Verpfändung in Form der fiducia (Eigenthumsübertragung) und das neuere pignus, die Ceſſion und Delegation, die cura und tutela, der Untergang der Klage und der Verluſt des Rechts durch jenſeitige Erſitzung u. ſ. w. Umgekehrt kann die Structur eine ähnliche ſein oder bei einem und demſelben Inſtitut im weſentlichen dieſelbe bleiben, die Functionen aber ſehr auseinander gehen, wie z. B. bei der Staatsverfaſſung der Republik, die im Anfang der Kaiſerzeit ihrer anatomiſchen Structur nach dieſelbe blieb (Volk, Senat, Magiſtrat). — Unſere juriſtiſche Methode legt leider ein gar zu großes Gewicht auf die anatomiſche Structur der Inſtitute, und ein zu geringes auf die Functionen. Von dieſem Standpunkt aus iſt es eine Conſequenz, wenn z. B. Puchta die Vormundſchaft ins Obligationsrecht ſtellt.

Eigenschaft des Rechts, die durch den Zweck der Verwirklichung desselben geboten ist, bedarf hier einer nähern Ausführung. Ich nenne sie die formale Realisirbarkeit desselben. [19a])

Ich unterscheide nämlich zwischen materieller und formaler Realisirbarkeit eines Rechts und verstehe unter jener die Brauchbarkeit oder Angemessenheit der materiellen Bestimmungen des Rechts. Sie ist natürlich durchaus relativ, bedingt durch die oben bezeichneten Beziehungen des Rechts zum Leben, die Anforderungen dieser Zeit, die Eigenthümlichkeit dieses Volkes, die Gestalt dieses Lebens. Unter formaler Realisirbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle. Je nachdem diese Operation einen geringeren oder höhern Aufwand geistiger Kraft erfordert und ihr Resultat sicherer oder unsicherer ist, spreche ich von einer höhern oder geringeren formalen Realisirbarkeit. Es ist aber nicht die Leichtigkeit oder Schwierigkeit des Verständnisses der anzuwendenden Rechtssätze gemeint. Sobald man einen Rechtssatz einmal richtig begriffen hat, ist diese Aufgabe ein für alle Mal gelöst und wiederholt sich nicht bei jedem einzelnen Fall seiner Anwendung. Die Aufgabe hingegen, von deren Schwierigkeit oder Leichtigkeit hier die Rede ist, betrifft die Anwendung des Rechtssatzes, den Umsatz der abstracten Regel in concretes Recht, und sie ist bei jedem einzelnen Fall von neuem zu lösen. Die Anwendung des Rechtssatzes besteht darin, daß das, was er abstract hinstellt, concret ermittelt und ausgedrückt wird, und dies kann sehr leicht, aber auch unendlich schwer sein. Es hängt dabei zwar viel von der Geschicklichkeit und dem richtigen Blick des Anwendenden ab (der juristischen Diagnose), allein die objective Schwierigkeit oder Leichtigkeit der Anwendung des Rechtssatzes

19a) Ich nehme des Zusammenhanges wegen die folgende Darstellung aus der ersten Auflage unverändert hinüber, obschon sie denselben Gegenstand betrifft, den ich in der Theorie der Technik (B. 2 Abth. 1) unter dem Namen der Praktikabilität des Rechts zum zweiten Mal behandelt habe, s. daselbst S. 347 ff.

wird durch ihn ſelbſt beſtimmt, dadurch nämlich, ob er ſeine Beſtimmungen an ſchwer oder leicht erkennbare Kriterien angeknüpft hat. Jeder Rechtsſatz knüpft an eine beſtimmte *Vorausſetzung* („wenn Jemand dies und das gethan hat") eine beſtimmte Folge („ſo ſoll dies und das eintreten"); [20] ihn anwenden heißt alſo 1) unterſuchen, ob die Vorausſetzung im concreten Fall vorliegt und 2) die bloß *abſtract* ausgedrückte Folge *concret* ausdrücken, z. B. den Schaden, den Jemand erſetzen ſoll, in Geld abſchätzen. Nun hängt begreiflicherweiſe ſehr viel davon ab, wie jene Vorausſetzung und Folge lautet. Nehmen wir einmal beiſpielsweiſe die Behandlung der Injurie im ältern und ſpätern römiſchen Recht. In jenem beſtand die Folge der Injurie d. h. ihre Strafe in einer beſtimmten Geldſumme (25 As), in dieſem war ſie dem Ermeſſen des Richters überlaſſen. Stand dort einmal feſt, daß eine Injurie begangen war, ſo ergab ſich die Folge (Verurtheilung in 25 As) von ſelbſt; hier hingegen bedurfte es zu dem Zweck noch erſt einer genauen Würdigung der individuellen Verhältniſſe *dieſes* Falles, z. B. der ſocialen Stellung des Beleidigenden und des Beleidigten, der Zeit, des Ortes u. ſ. w., und die Feſtſtellung der Strafe mochte dem Richter oft ſehr ſchwer fallen. Hinſichtlich der „Vorausſetzung" liegt ebenſo ſehr auf der Hand, daß wenn ſie allgemein auf „Ehrenkränkung" geſtellt iſt, die Unterſuchung, ob dieſe Vorausſetzung im concreten Fall begründet ſei, weit ſchwieriger iſt, als wenn ſie, wie in manchen alten Geſetzen, auf ein beſtimmtes, äußerlich leicht erkennbares Factum lautet z. B. „wenn einer den andern geſchlagen, eines Verbrechens beſchuldigt hat" u. ſ. w.

---

20) Dieſe Form („wenn — ſo") iſt die einfachſte, deutlichſte und liegt jedem Rechtsſatz zu Grunde, wenn ſie gleich äußerlich nicht hervortritt z. B. „Unmündige ſollen bis zum 25. Jahr unter Vormundſchaft ſtehen, Bürgſchaften der Frauen ſind ungültig u. ſ. w." Die Vorausſetzung iſt hier: *wenn* Jemand noch nicht 25 Jahr alt iſt, *wenn* eine Bürgſchaft vorgenommen wird und zwar von einer Frau; die Folge die: ſo ſoll er unter Vormundſchaft ſtehen u. ſ. w.

Je allgemeiner und innerlicher die Voraussetzungen und Folgen eines Rechtssatzes bestimmt sind, desto schwieriger die concrete Ermittlung derselben; je concreter und äußerlicher, desto leichter. Diese Leichtigkeit der concreten Erkennbarkeit des Abstracten ist aber praktisch wichtiger als die logische Vollendung des abstracten Inhalts. Bestimmungen, die in materieller Beziehung plump zugeschnitten, aber an äußerliche, in concreto leicht zu erkennende Kriterien geknüpft sind, wiegen in praktischer Beziehung Rechtssätze auf, deren geistiger Gehalt und Zuschnitt noch so tadellos ist, bei denen aber die formale Realisirbarkeit außer Acht gelassen ist. Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts *erleichtert* und *vereinfacht* wird, also auch *beschleunigt* werden kann, sondern daß die *gleichmäßige* Verwirklichung des Rechts dadurch *gesichert* wird. Je äußerlicher und in die Augen springender die Merkmale für eine Klassification bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassificirt wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr der Mißgriffe.

Diese Rücksicht nun auf die *Leichtigkeit* der Anwendung übt auf die logische Entwicklung des Rechts einen bestimmenden Einfluß aus, zwingt die Rechtsbegriffe häufig von ihrer ursprünglichen Reinheit nachzulassen, um eine Gestalt anzunehmen, in der sie praktisch leichter gehandhabt werden können. Was sie nach der einen Seite einbüßen, gewinnen sie reichlich wieder nach der andern. Wir wollen dies an dem Beispiel der privatrechtlichen und politischen Handlungsfähigkeit (Volljährigkeit und Wahlrecht) deutlich machen. Angenommen, ein Gesetzgeber wollte dieselbe normiren und ginge von der Idee aus: volljährig soll derjenige sein, welcher die nöthige Einsicht und Charakterfestigkeit besitzt, um seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, wahlfähig und wählbar derjenige, der die Fähigkeit und den Willen hat, das Beste des Staats zu befördern. So richtig nun diese Idee ist, so verkehrt würde es doch sein, sie in dieser abstracten Gestalt zum Gesetz zu erheben. Welche Zeit und Mühe würde verloren gehen, um die

Existenz dieser Voraussetzungen im concreten Fall zu ermitteln, welche unerschöpfliche Quelle von Streitigkeiten würde der Gesetzgeber damit erschlossen, wie sehr damit der Willkühr des Richters einen freien Spielraum geöffnet und selbst bei untadelhafter Anwendung seines Gesetzes die Klagen über Partheilichkeit provocirt haben! Wie kann er dies alles vermeiden? Er stellt statt jener Voraussetzungen andere auf, die mit denselben in einem gewissen regelmäßigen, wenn auch nicht nothwendigen Nexus stehen und den Vorzug einer leichteren und sicherern concreten Erkennbarkeit voraus haben, also z. B. das zurückgelegte 25ste Jahr bei der Volljährigkeit, den Besitz eines gewissen Vermögens, die Ausübung gewisser Berufsarten u. s. w. bei der Wahlfähigkeit. Dieses Ablassen von der ursprünglichen legislativen Idee, diese Vertauschung der in abstracter Beziehung offenbar richtigeren Voraussetzung mit einer weniger richtigen und zutreffenden, aber praktisch leichter erkennbaren Voraussetzung wird also durch den Zweck des Rechts, durch die wünschenswerthe Leichtigkeit und Sicherheit seiner Functionirung geboten. Möge es auch in der Anwendung hie und da zu Mißverständnissen führen, in unserm Beispiel also die Volljährigkeit und Wahlfähigkeit in einzelnen Fällen ausgeschlossen oder zugelassen sein, wo sie es der abstracten Idee nach nicht sollte; immer wird jene Behandlungsweise vom Standpunkt des Lebens aus den Vorzug verdienen, und dieser Standpunkt ist ja für das Recht der allein entscheidende.

Der Gedanke der formalen Realisirbarkeit des Rechts ist also ein der logischen Innerlichkeit der Rechtsbegriffe fremdes Princip, das die freie Entwicklung derselben vielfach modificirt und beeinträchtigt. Dieses Princip zwingt dazu, die Innerlichkeit des Begriffes auf die Außenseite zu verlegen, für die inneren Unterschiede und Begriffe äußere möglichst zutreffende Kriterien aufzusuchen, kurz es führt zur Ausbildung einer *juristischen Symptomatik*. Als einzelne Ausflüsse dieses Princips mögen hier außer der so eben besprochenen Veräußerlichung der „Voraussetzungen“ und der damit auf gleicher Linie stehenden Veräußer-

lichung der „Folgen“[21]) noch genannt werden die Präsumtionen,[22]) die durch Gegenbeweis entkräftet werden können, die Fictionen, bei denen diese Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Formen der Rechtsgeschäfte[23]) u. s. w.

Der Gedanke, den wir bisher ausgeführt haben, daß das Recht irgend eines Volkes und irgend einer Zeit nicht begriffen und beurtheilt werden könne, wenn man es bloß von Seiten seiner anatomischen Structur, als Rechtssystem erforschen und darstellen will, hat etwas so einleuchtendes, daß man kaum begreift, wie man bei der Behandlung der römischen Rechtsgeschichte, vor allem bei der des Privatrechts diesen Fehler begehen konnte.[24]) Und doch ist dies in hohem Maße der Fall. Die meisten Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte enthalten nichts als eine Geschichte des Dogmas d. h. der Gesetzgebung und Doctrin, nicht aber eine Darstellung des Rechts, wie es in der Wirklichkeit existirte. Das

---

21) z. B. statt der Zuerkennung des im einzelnen Falle erst zu liquidirenden Interesses die Annahme eines Aversionalquantums (im römischen Recht Verzugszinsen, duplum des Werthes der Sache und der Früchte, bestimmte Geldstrafe, sponsio tertiae partis, Uebertragung des Besitzes zur Strafe, fructus licitatio u. s. w.).

22) Von unserer heutigen Wissenschaft und Gesetzgebung im Vergleich mit der römischen Jurisprudenz viel zu wenig gefördert; nur unsere Wechselordnung und unser Handelsgesetzbuch machen davon eine rühmliche Ausnahme. Man hält es wohl gar für etwas Verdienstliches, allen nicht im römischen Recht selbst ausgesprochenen Präsumtionen, welche die frühere Praxis in ganz verständiger Weise aufgestellt hatte, den Krieg zu erklären!

23) z. B. beim Testament. Ohne solche Formen würde die Frage, ob und was Jemand über seinen Nachlaß verfügt habe, in concreto sehr schwer zu beantworten sein; man könnte in Versuchung kommen Aeußerungen einer Person über ihre beabsichtigte demnächstige Verfügung für eine letztwillige Disposition zu halten.

24) Auf die rechtshistorische Behandlung des römischen Staatsrechts und Kriminalprozesses erstreckt sich mein Vorwurf nicht.

Dogma entbehrt dabei seines lebendigen Hintergrundes, es ist herausgerissen aus seinem Zusammenhange mit der thatsächlichen Welt, in der es den Grund und die Voraussetzungen seiner Existenz und damit seine Rechtfertigung und sein Verständniß fand. Kein Wunder, daß manche Rechtsinstitute dadurch eine Gestalt erhalten, in der sie einem Unbefangenen als Zerrbilder erscheinen, bei denen sich eine Unbegreiflichkeit an die andere reiht.[25]) Einem Historiker von Fach, der die römische Rechtsgeschichte schreiben sollte, würde dieser Verstoß, den die Romanisten täglich begehen, völlig unmöglich fallen, und es würde der römischen Rechtsgeschichte sehr zum Heil gereicht haben, — davon bin ich überzeugt — wenn die Historiker von Fach sich ihrer mehr angenommen hätten.[26]) Der Grund liegt auf der Hand. Der Blick des Historikers ist von vornherein nicht auf juristische Abstractionen und Formulirungen der Vergangenheit gerichtet, sondern auf das substantielle rechtliche und sittliche Leben derselben in seiner ganzen Totalität, und jene können ihm daher nie isolirt erscheinen. Dem Juristen dagegen ist es zur zweiten Natur geworden, in den substantiellen Verhältnissen nur das rein Juristische zu bemerken, und sein Blick ist daher, auch wenn er das Gebiet der römischen Rechtsgeschichte betritt, ausschließlich oder vorwiegend auf den dogmatischen Inhalt gerichtet. Hierzu kommt noch, daß die Quellen, aus denen er sein Material entnehmen soll, für *ihre* Zeit dogmatische Arbeiten waren, und in diesen findet sich jener reale Hintergrund, von dem wir sprachen, aus *dem* Grund natürlich nicht, weil die

25) Ich verweise beispielsweise auf die Darstellung der römischen Gewaltverhältnisse §. 32.

26) An dem kurzen Abriß der römischen Rechtsgeschichte in dem bekannten 44. Kapitel von *Gibbon* habe ich früh diese Erfahrung gemacht, ohne mir freilich damals bewußt zu sein, warum derselbe auf mich eine unendlich höhere Anziehungskraft ausübte, als die damals bereits erschienenen ausführlicheren, von Juristen verfaßten Darstellungen. Bei Gibbon trat mir zum ersten Mal ein zwar kurzes, aber zusammenhängendes Ganze in lebensvoller Weise entgegen, in den letztern aber ein zerschnittenes und zerstückeltes System von Rechtssätzen, Gesetzen u. s. w.

Verfasser derselben für ihre Zeitgenossen und nicht für zukünftige Rechtshistoriker schrieben, die Voraussetzung ihres Verständnisses, nämlich die Anschauung des ganzen römischen Lebens, mithin ihren Lesern nicht erst zu suppeditiren brauchten. Der Stoff, den der Rechtshistoriker hier vorfindet, ist deductiver, nicht descriptiver Art; er ist, ob er auch aus der Zeit von Labeo oder Ulpian stammt, seiner Tendenz nach ebenso dogmatisch, als ob er aus einem heutigen Pandektencompendium entlehnt wäre. Dieser dogmatische Stoff wird sodann in ein Gefäß geleitet, das wiederum rein dogmatischer Natur ist, in ein System der Theorie des Rechts, in dem das Leben mit seinen factischen Verhältnissen, mit der Sitte und der Sittlichkeit kein Unterkommen finden kann, weil diese Mächte und Verhältnisse eben keine Rechtsbegriffe sind. Und so erhalten wir im Grunde statt der Rechtsgeschichte nichts als Institutionen- oder Pandekten-Compendien der verschiedenen Perioden der römischen Geschichte, — Darstellungen, die ein Richter aus jener Zeit vielleicht mit Erfolg zu praktischen Zwecken hätte benutzen können, nicht aber ein Jurist der heutigen Zeit, um sich eine Einsicht in das Rechtsleben der Vergangenheit zu verschaffen. Jener würde die Anschauung dieses Rechtslebens mitbringen und das dogmatische Präparat, das man ihm böte, wäre ihm sofort verständlich, diesem hingegen gewährt dasselbe nicht das, was es sollte: ein Bild des lebendigen Rechts der Vergangenheit, sondern bloß eine Reproduction ihrer Theorie.

Wenn wir im vorigen Paragraphen an die Bearbeitung des römischen Rechts die Anforderung gerichtet haben, daß sie nicht bei der bloßen Formulirung der römischen Theorie stehen bleiben dürfe, so gelangen wir in dem gegenwärtigen Paragraphen zu ganz demselben Resultat. Die dogmatische Bearbeitung des Rechts irgend einer Zeit von einem Zeitgenossen darf einem Spätern bei seiner historischen Darstellung desselben nie als Maßstab oder Vorbild erscheinen, denn sein Vorgänger sagt manches nicht, was er könnte, weil es für seine Leser überflüssig ist, — dies

muß dieser für sein Publikum aus andern historischen Quellen zu ergänzen suchen; und manches kann er nicht sagen, weil es ihm noch entgeht — dies soll dieser, der den ganzen spätern Verlauf der historischen Entwicklung vor sich hat und ihn eben darum übersieht, nachtragen. Jene Ergänzung hat zur Aufgabe: die Theorie ans Leben anzuknüpfen; diese: sie von innen heraus zu vervollständigen und zu vergeistigen.

2. Anforderungen, die in dem Begriff der Geschichte liegen — Ausscheidung der unwesentlichen Thatsachen — Der innere Zusammenhang der Thatsachen und das Moment der Zeit — Innere Chronologie oder absolute und relative Zeitbestimmung nach inneren Kriterien.

V. Daß das Recht wie alles, was existirt, sich im Laufe der Zeit verändert, ist eine Thatsache, die uns an sich noch nicht berechtigt von einer Geschichte des Rechts zu sprechen. Wenn die Geschichte nichts wäre als ein buntes Spiel von äußern Ereignissen, eine Reihe von Veränderungen, so würde es auch eine Geschichte von Wind und Wetter geben, und eine Rechtsgeschichte würde sich auf den chronologisch geordneten Ausdruck von Gesetzen und Gewohnheitsrechten beschränken können.

Es drängt sich aber schon dem einfachen Verstande die Bemerkung auf, daß nicht alles, was da geschieht, Geschichte ist und folglich auch die Geschichte nicht bloß darin besteht, daß etwas geschieht, sondern daß es darauf ankömmt, was geschieht. Auf der niedrigsten Stufe der Geschichtschreibung vollzieht sich bereits die Scheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen, geschichtlichen und ungeschichtlichen Ereignissen. Wie von Seiten des Individuums täglich und stündlich Handlungen vorgenommen werden, die kein Biograph der Mittheilung würdigen wird, so gibt es auch im Leben der Gattung derartige tägliche Verrichtungen, die selbst der genaueste Annalist als völlig ungeschichtliche Facta zu erwähnen gar nicht für nöthig hält.

So sehr aber jene Scheidung zwischen Ereignissen, die der

Mittheilung werth und unwerth ſind, ein abſolutes Geſetz jeglicher Geſchichtſchreibung iſt, ſo iſt doch der Maßſtab, nach dem ſie dieſe Scheidung vornimmt, ein relativer, wechſelnd nach Standpunkt und Zweck. Was dem gleichzeitigen Berichterſtatter der Aufbewahrung würdig erſcheint, wird vielleicht ſchon vom Geſchichtſchreiber der folgenden Generation als werthloſe Notiz bei Seite geworfen, wogegen er ſeinerſeits wiederum etwas als weſentlich in den Vordergrund rückt, worauf jener als unweſentlich gar kein Gewicht gelegt hatte, und ſo ſichtet jede Zeit immer von neuem den überlieferten Stoff. Iſt es aber auf dem Gebiete des Rechts anders als auf jedem andern, iſt hier alles, was *geſchieht*, auch Geſchichte? Gibt es nicht auch Geſetze von ſolcher hiſtoriſcher Bedeutungsloſigkeit, daß ſie ſich zu der Geſchichte des Rechts verhalten wie die gewöhnlichen Lebensverrichtungen eines Individuums zu deſſen Lebensgeſchichte? Sollte wohl ein künftiger Geſchichtſchreiber unſerer jetzigen Zeit die Ehre erzeigen, alle ihre Geſetze über Stempeltaxen, Verjährungsfriſten u. ſ. w. aufzuzählen? Dieſe Geſetze mögen immerhin für die Gegenwart ſehr wichtig ſein, ſo wie das Eſſen, Trinken, Schlafen u. ſ. w. für das Individuum, aber was hat der Hiſtoriker damit zu thun! Die ſubjective Willkühr, die man darin finden könnte, daß der Darſtellende auswählt, was ihm bedeutend erſcheint, iſt keine andere als die jeder, der uns den geringſten Vorfall erzählen will, ausüben muß; der Blick für das weſentliche iſt eben eine unerläßliche Eigenſchaft eines jeden Referenten. Wer aus falſcher Gründlichkeit alles mittheilen will, was er in den Akten findet, ſollte lieber letztere wörtlich vorleſen d. h. gar nicht referiren, und ein Rechtshiſtoriker, der ſich nicht entſchließen kann, rechtshiſtoriſche Notizen, die er gefunden, dem Leſer vorzuenthalten, hätte ſtatt Geſchichtſchreiber Abſchreiber werden müſſen. [27])

27) Dem Kundigen wird es nicht unbekannt ſein, daß die römiſche Rechtsgeſchichte in manchen neuern Darſtellungen ſich dazu hergeben muß eine Vorrathskammer zu ſein, in der das völlig werthloſe neben dem werth-

Verfolgen wir die Aufgabe der Geſchichtſchreibung weiter. Die Geſchichte beſteht nicht aus einzelnen wichtigen Ereigniſſen, ſondern das weſentliche iſt der Zuſammenhang derſelben, die Einheit der Entwicklung. Wie nun bereits auf der niederſten Stufe der Geſchichtſchreibung das hiſtoriſche Unterſcheidungsvermögen, die Empfänglichkeit für den Unterſchied geſchichtlicher und ungeſchichtlicher Thatſachen in ſeinem erſten ſchwachen Keime ſich zeigt, ſo gilt ganz daſſelbe auch von dem Sinn für den hiſtoriſchen Zuſammenhang. Denn die Thatſache, an der dieſer Sinn ſich bethätigen ſoll, drängt ſich faſt ebenſo nothwendig der Wahrnehmung auf als jene, daß nicht alles, was geſchieht, geſchichtlich iſt. Man bemerkt bald, daß gewiſſe der Mittheilung für würdig geachtete Facta, ungeachtet ſie der Zeit nach weit auseinander liegen, dennoch ſächlich im innigſten Zuſammenhange mit einander ſtehen, andere hingegen, ungeachtet ſie in demſelben Zeitmoment zuſammentreffen, dennoch jeder innern Beziehung entbehren, m. a. W. daß die innere Verwandt-

---

vollen mit gleicher Sorgſamkeit aufbewahrt wird. Der Grund, warum die beſprochene erſte und natürlichſte Anforderung an die Geſchichtſchreibung gerade von den Rechtshiſtorikern weniger beachtet wird, ſcheint mir darin zu liegen, daß letztere nicht mit völliger wiſſenſchaftlicher Freiheit ſich ihrer Aufgabe hingeben, die Geſchichte des Rechts nicht ihrer ſelbſt willen darſtellen, ſondern eines anderen Zweckes wegen. Die Rechtsgeſchichte ſoll den Schlüſſel zur Dogmatik abgeben, das iſt der Unſtern, der über ihr ſchwebt. Neben das hiſtoriſche Intereſſe, das auf ihrem Gebiet allein berechtigt iſt, tritt hier das ihr an ſich fremde praktiſch-dogmatiſche, und ſie ſelbſt erliegt dieſem Conflict beider Intereſſen. Was der Hiſtoriker als völlig unweſentlich ausſcheiden müßte, läßt der Dogmatiker als exegetiſches Hülfsmittel ſich nicht nehmen und bringt es, da es einmal eine hiſtoriſche Notiz iſt, in die Rechtsgeſchichte. Wenn das römiſche Recht gar nicht bei uns gölte, ſo würden unſere Rechtsgeſchichten lediglich dem hiſtoriſchen Intereſſe dienen können und folglich beſſer ſein als jetzt, wo ſie von Vielen im Grunde nur als hiſtoriſche Vorrathskammern für die Pandekten betrachtet werden. Das praktiſche Intereſſe irgend eines Theiles oder Abſchnittes der Geſchichte erſchwert ſehr die ungetrübte Verfolgung des hiſtoriſchen Geſichtspunktes — das Unpraktiſche eignet ſich am beſten zur hiſtoriſchen Darſtellung.

schaft und Zusammengehörigkeit der Thatsachen ein wesentlicheres Moment ist als die äußere Verbindung derselben durch die Zeit. In der That verfolgt denn auch jede Geschichtschreibung mehr oder weniger bewußt dieses Ziel, den sachlichen Zusammenhang der Thatsachen aufzudecken. Von dem ersten rohen Versuch, diese Verbindung in Form eines äußerlichen Causalnexus herzustellen, bis zu dem verwegenen Uebermuth, die ganze geschichtliche Bewegung dialektisch zu construiren, streckt sich ein langer Weg, aber allen, die denselben wandeln, ist wenigstens die Idee gemeinsam, daß die Geschichte in einem nicht bloß durch das Moment der Zeit bewerkstelligten Aneinanderreihen sächlich geschiedener Ereignisse besteht, sondern daß eine innere Verbindung unter ihnen Statt findet. Diese Verbindung ist aber nicht die einer Kette, sondern die Einheit, Planmäßigkeit eines vollendeten Kunstwerks. Die Gedanken, die sich in der Geschichte entfalten, und in denen die Fülle der Erscheinungen ihre Einheit findet, fügen sich selbst wieder zu einem harmonischen Ganzen zusammen, nicht freilich als ein sich aus sich selbst bewegendes perpetuum Mobile der Dialektik, sondern als eine freie That Gottes und der Menschheit.

Hat nun auch das Recht eine Geschichte, oder ist es ein von Gott verlassenes Spiel der Willkühr, ein Auf- und Abwogen von Veränderungen? Man möchte zweifelhaft werden, wenn man seinen Blick auf so manche geschichtliche Periode wendet, in denen das Recht den Launen eines Individuums Preis gegeben zu sein und regellos wie Wind und Wetter sich zu verändern scheint, oder auf Zeiten politischer Katastrophen, in denen das Recht der Leidenschaft der Partheien dient, als Waffe in der Hand des Siegers, und mit den Partheien wechselt. Und dennoch trotz aller menschlichen Willkühr hat das Recht eine Geschichte, und die lenkende Hand Gottes ist in ihr, nur tritt dieselbe nicht immer so erkennbar hervor, wie in der Natur. Man lehrt uns Gott zu erkennen in der Blume und dem Baume, man weist uns auf die Gestirne, um in der Unermeßlichkeit ihrer Zahl und in den

Geſetzen ihrer Bewegung das erhabenſte Beiſpiel göttlicher Allmacht zu finden. Aber ſo hoch der Geiſt ſteht über der Materie, ſo hoch ſteht auch die Ordnung und Majeſtät der geiſtigen Welt über der der ſubſtantiellen. Wunderbarer als die Bewegung der Weltkörper im Raum iſt die Bewegung der ſittlichen Gedanken in der Zeit, denn ſie gehen nicht unangefochten einher wie die Geſtirne, ſondern ſie ſtoßen bei jedem Schritt auf den Widerſtand, den menſchlicher Eigenſinn und Unverſtand und alle böſen Gewalten des menſchlichen Herzens ihnen entgegenſetzen. Wenn ſie dennoch ſich verwirklichen im bunten Gewirre widerſtrebender Kräfte, wenn das ſittliche Planetenſyſtem mit derſelben Ordnung und Harmonie ſich bewegt wie das Planetenſyſtem des Himmels, ſo liegt darin ein glänzenderer Beweis der göttlichen Weltleitung als in allem, was man der äußeren Natur entnehmen kann. Man hat von der Poeſie im Recht geſprochen und darunter die Aeußerung der ſinnigen, gemüthlichen Auffaſſung verſtanden, wie ſie auf dem Gebiete des Rechts in ſo manchen Formen ſich kund gibt. Aber dies iſt eine Poeſie untergeordneter Art, die im Recht nur eine kümmerliche Rolle ſpielt, die wahre Poeſie des Rechts liegt in der Erhabenheit ſeines Problems und in ſeiner an Majeſtät und Geſetzmäßigkeit dem Laufe der Geſtirne vergleichbaren Bewegung. Dieſe Poeſie der Ordnung und Gedankenmäßigkeit der Rechtsentwicklung uns vor Augen zu führen, iſt eben das römiſche Recht wie kein anderes geeignet; in meinen Augen iſt die Geſchichte dieſes Rechts ein unübertroffenes Kunſtwerk, in dem die höchſte Einfachheit und Einheit mit der reichſten Fülle der Entwicklung ſich paart.

Zu dieſem Ausſpruche bilden freilich die meiſten Darſtellungen der römiſchen Rechtsgeſchichte einen ſchneidenden Contraſt. Statt die Einheit in der hiſtoriſchen Bewegung ſämmtlicher Inſtitute nachzuweiſen, führen ſie uns nur eine Reihe von Veränderungen vor, die nichts mit einander gemein zu haben ſcheinen, zerreißen den Stoff in innere und äußere Rechtsgeſchichte, von denen ſie letztere nach Perioden darſtellen (ſogenannte ſynchroniſtiſche Me-

thode) erstere nicht (s. g. chronologische Methode), womit sie also von vornherein die Einheit und Totalität der Bewegung in der Geschichte des Rechts negiren. Der Grund, mit dem sie dies Verfahren zu rechtfertigen suchen, daß die einzelnen Institute sich nicht gleichmäßig entwickelt hätten, daß sich für alle nicht dieselben Perioden aufstellen ließen, bedeutet nichts anders als: die Rechtsinstitute haben eine Geschichte, nicht aber das Recht als Ganzes.[28]) Die berühmte Rechtsgeschichte von Hugo faßt zwar die innere und äußere Rechtsgeschichte zusammen und behandelt beide in denselben Perioden, aber die Verbindung beider wie die Perioden selbst sind der alleräußerlichsten Art, und das Zerstücklungssystem ist gerade in ihr auf die höchste Spitze getrieben.[29])

28) Die Frage, ob diese Behandlung sich nicht beim akademischen Vortrag aus methodologischen Gründen rechtfertigen lasse, möge hier dahin gestellt bleiben, jedenfalls steht die Literatur nicht ausschließlich im Dienst des akademischen Unterrichts.

29) Hugo's Perioden sind nichts als Stationen, auf denen die einzelnen Institute sich ausruhen, um, wenn alle sich eingefunden, sich jedes für sich allein wieder auf den Weg zu machen. Kein Institut bekümmert sich um das andere, sie haben nur das mit einander gemein, daß sie bei derselben Station einkehren müssen. Manche würden gern früher einen Ruhepunkt machen, andere umgekehrt, da sie gerade in bester Bewegung sind, noch etwas über die Station hinausgehen, aber beides wird nicht verstattet, sie müssen ausruhen, wo Hugo es ihnen befohlen hat. Dafür rühmt aber Hugo seinen Perioden einen Vorzug nach, den man auch bei Poststationen möglichst zu erstreben sucht, nämlich daß sie gleich lang seien, und sucht den Leser durch die Bemerkung zu gewinnen, daß es „beinahe nur zur Bequemlichkeit des Lesers (und etwa dazu, einzelne Begebenheiten recht auszuheben) dient, wenn Abschnitte gemacht werden, wie viele und welche es sind." Es scheint dem die Idee zu Grunde zu liegen, daß die Kräfte eines schwachen Menschenkindes nicht ausreichen, um mit der Geschichte, die, ohne zu ermüden, ihren Lauf ununterbrochen fortsetzt, gleichen Schritt zu halten. Hiernach würde es also ganz auf das Maß der Kräfte ankommen, das der Leser mitbringt, und man würde, wenn es sich fragte, ob man ihn lieber bei Cicero oder Augustus, lieber bei Alexander Sever oder Constantin einkehren lassen sollte, noch seine spezielle Vorliebe für die eine oder die andere dieser Persönlichkeiten berücksichtigen können.

Dieser Hugo'schen Willkühr und seinem Zerstücklungssystem gegenüber

Iſt es denn wahr, daß die einzelnen Inſtitute ſich nicht gleichmäßig entwickeln? Wäre es möglich, daß das eine Inſtitut dieſem, das andere jenem Gedanken diente, oder, wenn dieſelben Gedanken ſich auch bei allen Inſtituten wiederholten, daß ſie bei dieſem in dieſer, bei jenem in gerade entgegengeſetzter Reihenfolge aufträten? Dann würde freilich von einer Geſchichte des Rechts keine Rede ſein können, denn wo jeder einzelne Theil ſich *ſelbſtändig* bewegt, gibt es kein Ganzes, keine Einheit.

Damit alſo von einer Geſchichte des Rechts geredet werden könne, wird eine gewiſſe Gleichmäßigkeit und Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Inſtitute nothwendig vorausgeſetzt. Dieſe Vorausſetzung iſt in der That vorhanden, es kömmt aber nur darauf an ſich durch den Schein des Gegentheils nicht irre machen zu laſſen. Wenn man ſie nicht aufzufinden vermag, ſo liegt dies nur darin, daß man ſie ſelbſt zu mechaniſch nimmt, nicht die *innere* Gleichheit der treibenden Kräfte, ſondern die *äußere* der Erſcheinungsformen ins Auge faßt, die Gleichzeitigkeit aber nach einem für das Recht zu engen Zeitmaß beſtimmt.

Betrachten wir beide Punkte etwas näher und zwar zuerſt die *Gleichartigkeit der hiſtoriſchen Bewegung*.

Niemand wird Bedenken tragen von einer Erkrankung oder totalen Umgeſtaltung eines Organismus zu ſprechen, ungeachtet dieſelbe an einzelnen unedlen Theilen nicht hervortritt. Wenn wir nun im Recht von einer totalen Neubildung ſeines Organismus ſprechen, ſo wird kein Verſtändiger die Anforderung an uns ſtellen, daß wir dieſelbe an jedem Atom deſſelben nachweiſen ſollen. Die Grundgedanken, die jene Neubildung hervorgerufen haben, werden ſich in manchen Partikeln des Rechts nicht äußern *können*, indem letztere auf ſie gar nicht *reagiren*.

---

verdient die herrſchende Methode, die jedes Inſtitut den ganzen Weg zwar für ſich allein, aber doch ohne Unterbrechung zurücklegen läßt, offenbar noch den Vorzug; ſie gibt wenn auch keine Geſchichte des Rechts doch wenigſtens die der einzelnen Rechtsinſtitute.

An dieser Beobachtung nun, daß nicht an jedem einzelnen Punkte des Rechts sich dieselbe Erscheinung wiederholt, würde auch die römische Rechtsgeschichte nie Anstoß genommen haben. Die einzige Beschränktheit, die ihr gefährlich wurde, betrifft die Erkenntniß der Gleichartigkeit in der Umgestaltung der einzelnen Institute. Diese Gleichartigkeit ist in den wenigsten Fällen eine mechanische, augenfällige; ich darf eine obige Bemerkung (S. 44) wiederholen, daß Gleichheit der Aeußerung das Zeichen der Schwäche ist, die Kraft aber sich in der Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen bewährt. Auch im Recht kleidet nur der Winter sich in eine Farbe, die andern Jahreszeiten aber in sehr verschiedene.

Diese Mannigfaltigkeit der Aeußerungsformen wird aber der Erkenntniß der inneren Gleichartigkeit nicht selten gefährlich. Der Proteus der Geschichte taucht im Wellenspiel der historischen Erscheinung bald hier bald dort in veränderter Gestalt auf und sucht uns durch den Wechsel dieser Gestalt zu täuschen. Dieser Gefahr zu entgehen, müssen wir uns eben nicht an das Trugbild der Erscheinung halten, letztere nicht mit denjenigen Gedanken messen, die obenauf schwimmen, sondern mit denen, die ihren Kern, ihr Wesen ausmachen.[29a]) Um letztere aufzufinden, ist eine gewisse Weite der Abstraction, ein Zurücksteigen von den durch die Individualität der Institute tingirten und daher scheinbar verschiedenen nächsten Gedanken zu ihrem gemeinsamen abstracteren Einheitspunkt erforderlich. Um ein Beispiel aus unserer späteren Darstellung zu geben, so sind gewiß die Einführung des Formular-Prozesses, die Privilegien der Soldaten, Frauen u. s. w., die Condemnation auf das Interesse statt auf den objectiven Werth der Sache, die Berücksichtigung der absentia, die actio injuriarum aestimatoria u. s. w. äußerlich sehr

29a) Eine ähnliche Bemerkung macht schon Varro de L. L. IX, 92: Similia non solum a facie dici, sed etiam ab aliqua conjuncta vi ac potestate, quae et oculis et auribus latere soleant.

verſchieden, ſie finden aber ihre Vereinigung in dem Gedanken der individualiſirenden Tendenz des ſpäteren römiſchen Rechts. Ebenſo hat die grammatiſche Interpretation der ältern römiſchen Jurisprudenz auf den erſten Blick nichts gemeinſames mit der Präponderanz der Sache und der phyſiſchen Gewalt im ältern Recht, und doch laſſen auch ſie ſich auf denſelben Geſichtspunkt des Uebergewichts der Aeußerlichkeit zurückführen (II §. 42, 43).

Wenden wir uns jetzt zweitens der *Gleichzeitigkeit der hiſtoriſchen Bewegung* zu, ſo iſt das Maß der Zeit, mit dem man dauernde Zuſtände oder vorübergehende Ereigniſſe zu meſſen hat, bekanntlich ein ſehr relatives, indem es ſich nach der Länge oder Kürze der Zeit richtet, die der zu meſſende Gegenſtand einnimmt. Hiernach kann eine Minute bereits ein zu weites, ein Jahrhundert ein zu enges Maß ſein. In der politiſchen Geſchichte ſind wir gewohnt nach Jahren zu rechnen und übertragen dies Maß auf die Rechtsgeſchichte, ohne die Frage aufzuwerfen, ob es ihr entſpricht. Wir werden unten zeigen, daß dieſe Frage verneint werden muß, daß die Rechtsgeſchichte ein ungleich weiteres Maß erfordert als die politiſche Geſchichte; hier betrachten wir dieſen Fehler nur in ſeiner Anwendung auf die poſtulirte Gleichzeitigkeit in der Bewegung der einzelnen Inſtitute.

Mißt man dieſelbe nach Jahren, ſo wird ſie faſt nie vorhanden ſein, und zwar nicht bloß wegen der Langſamkeit der Entwicklung des Rechts im allgemeinen, ſondern wegen der verſchiedenen Bildſamkeit, Beweglichkeit der einzelnen Inſtitute. Manche derſelben zeichnen ſich durch Schwerfälligkeit und Tenacität, andere durch Beweglichkeit und Bildſamkeit aus, und derſelbe Entwicklungsprozeß, der bei letzteren ſich leicht und mühelos vollzieht und in *einem* Jahrhundert beendet iſt, dehnt ſich dort in mühſamer Arbeit über mehrere Jahrhunderte aus.

So ſtehen z. B. das öffentliche und das Privatrecht, der Kriminalprozeß und Civilprozeß und im Privatrecht die einzelnen Inſtitute deſſelben in dieſer Beziehung nicht auf derſelben Stufe. Das Familienrecht und auch, inſoweit es mit dieſem zuſammen-

hängt, das Erbrecht sind langsamer und weniger bildsam als das Vermögensrecht, und letzteres zeigt wiederum bei unbeweglichen Sachen eine größere Hartnäckigkeit als bei beweglichen, und hinsichtlich der letzteren tritt bei den dem Handelsverkehr angehörigen Verhältnissen die höchste Steigerung der Bildungsfähigkeit hervor. [29b])

Wenn also ein und derselbe Entwicklungsprozeß auch gleichzeitig bei allen Instituten begönne, so würde doch der fernere Fortgang desselben durch diese verschiedene Empfänglichkeit derselben bestimmt sein, und je nach dieser Verschiedenheit könnte er bei dem einen vielleicht bereits beendet sein, während er bei dem andern erst zur vollen Höhe gelangte. Aus dem langen Zeitraum von den XII Tafeln bis zu Justinian läßt sich daher kein Jahr, ja nicht einmal ein Abschnitt von 50 oder 100 Jahren als Normalpunkt für alle Institute herausheben; für einige derselben zutreffend, ist er für andere zu früh, für andere zu spät.

Aber was folgt hieraus? Nicht der Mangel der Gleichzeitigkeit, sondern nur das Bedürfniß einer weiteren Fassung derselben. Wie die von uns gesuchte Identität der Bewegung in den einzelnen Instituten hinsichtlich ihrer Erscheinungs*form* eine große Elasticität besitzt, so auch hinsichtlich ihrer Erscheinungs*zeit*, und es kommt, um beide zu finden, nur auf den richtigen Maßstab an. Die folgende Ausführung wird diese freiere Behandlung der Zeit für die Geschichte des Rechts in einem noch weiteren Umfange begründen; begnügen wir uns hier zunächst mit dem Resultat, daß bei richtiger Wahl der Gesichtspunkte die von unsern Rechtshistorikern bezeichnete Conformität in der Entwicklung der einzelnen Institute sich allerdings auffinden läßt.

Diese Conformität in der Bewegung der einzelnen Theile wird nun zwar vorausgesetzt, damit von einer Geschichte der To-

29b) Einen Beleg dafür aus der Geschichte des russischen Rechts s. in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes XII. S. 74.

talität des Rechts die Rede ſein könne, allein ſie fällt mit letzterer nicht zuſammen. Die Bewegung ſämmtlicher einzelner Inſtitute könnte ja eine planloſe, ein regelloſes Spiel gleichmäßiger Veränderungen derſelben ſein, und dann wäre von einer Geſchichte des Rechts keine Rede. Es genügt alſo nicht nachzuweiſen, daß die einzelnen Inſtitute gleichzeitig dieſelben Entwicklungsſtadien zurücklegen, ſondern daß auch die Reihenfolge ihrer verſchiedenen Phaſen eine innerlich zuſammenhängende iſt, die Geſchichte des Rechts als ſowohl vom Standpunkt eines einzelnen gegebenen Zeitmoments als vom Standpunkt ihres ganzen ſucceſſiven Verlaufs den Eindruck der Einheit gewährt, ich möchte ſagen: die Einheit ſowohl im Nebeneinander als Hintereinander, in die Breite wie in die Länge Statt findet.

Daß nun in der Geſchichte des Rechts eine ſolche ſucceſſive Einheit vorhanden iſt, dürfen wir ſchon von vornherein annehmen. Da nämlich die Individualität eines Volkes nicht heute ſo, morgen ſo iſt, und ebenſo das äußere Leben und der Verkehr deſſelben ſich nicht ſprungweiſe und launenhaft entwickelt, ſo kann daſſelbe ebenſo wenig mit der correſpondirenden Bewegung des Rechts der Fall ſein. Findet dort eine Einheit der Entwicklung Statt, ſo wird ſie auch hier ſich wiederholen müſſen. So leicht ſich aber dieſe Einheit von vornherein deduciren läßt, ſo ſchwierig ſcheint es doch zu ſein, ſie an einem beſtimmten einzelnen Recht nachzuweiſen. Eine Anleitung dazu läßt ſich natürlich nicht ertheilen, aber ich will wenigſtens negativ verſuchen, ein Hinderniß aus dem Wege zu räumen, das ſehr nachtheilig gewirkt zu haben ſcheint. Das iſt der ungebührliche Einfluß, den man hier dem Moment der Zeit zu verſtatten pflegt. Ich kann an die obige Bemerkung anknüpfen, daß die innere Verbindung der Thatſachen weſentlicher iſt als die äußere Verbindung durch die Zeit. Dieſe Bemerkung hat für die Geſchichte des Rechts eine geſteigerte Bedeutung; das Moment der Zeit tritt hier in einem weit höheren Grade zurück, als in der politiſchen Geſchichte. Wir wollen in folgendem

die Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte des Rechts

sowie die Consequenzen, die sich daraus für die rechtshistorische Darstellung ergeben, näher entwickeln.

Diese Bedeutung besteht zunächst darin, daß die Geschichte auf diesem Gebiete außerordentlich langsam arbeitet, bei geringer Production ungemein viel Zeit gebraucht. Gesetze können freilich in kurzer Zeit viele erlassen werden, aber nicht jedes Gesetz betrachte ich als ein geschichtliches Ereigniß. Die Gesetze können sich drängen wie die Wolken bei bewegtem Himmel, aber wenn sie ebenso wie letztere rasch vorüberziehen und keine Spur zurücklassen, so rechne ich sie nicht zu den Productionen, von denen ich hier spreche, sondern zu dem Abfall, den Spänen, die davon fliegen, wenn die Geschichte arbeitet. Die Productivität der Geschichte des Rechts hat die Entwicklung des Rechtsorganismus zum Gegenstande und bewährt sich nicht daran, was derselbe consumirt, sondern was er verdaut. Diese Arbeit geht sehr langsam von Statten und liefert vielleicht in einem Jahrtausend nicht so viel als die politische, Kunst- und Literaturgeschichte in einem Jahrhundert. Selten sind für das Recht die Fälle, wo dasselbe unter dem Einflusse plötzlicher gewaltsamer Impulse in rasche Bewegung geräth und, ich möchte sagen, auf dem Wege vulkanischer Bildung neue fertige Schichten aus sich heraustreibt; auch wird hier dem plötzlichen Ausbruch eine lange Zeit der Vorbereitung vorangegangen sein. Die Regel ist die, daß diese Schichten durch höchst allmähligen und unmerklichen Niederschlag der Atome sich ansetzen und ablagern, so daß die Bildung einer neuen Formation viele Jahrhunderte erfordern kann.[30] Der

30) Am meisten Aehnlichkeit hat auch in dieser Beziehung mit dem Recht die Sprache. Die Verschiedenheit des Nationalcharakters bewirkt auch hier eine große Abstufung der Bildsamkeit, wofür beispielsweise auf „die größere Tenacität des Dorismus am Alten und die versatilere Volubilität der Mundarten Jonischen Stammes“ verwiesen werden mag.

Grund dieſer ungewöhnlichen Schwerfälligkeit des Rechts iſt leicht zu finden; es iſt derſelbe, warum die Entwicklung des Charakters langſamer, mühſamer von Statten geht als die intellectuelle Ausbildung. Der Charakter eines Individuums und ein Recht — letzteres iſt ja der Charakter eines Volksindividuums — die ſich beſtändig ändern, die nach Art der intellectuellen Thätigkeit in beſtändiger Bewegung und Arbeit begriffen ſind, taugen beide nicht viel. Eine gewiſſe Stetigkeit und Hartnäckigkeit iſt bei beiden das Zeichen der Geſundheit und Kraft. Wenn jede Generation das von der Vergangenheit ererbte Recht als „eine ewige Krankheit" von ſich ſtoßen und dafür das Recht, „das mit uns geboren", an die Stelle ſetzen wollte, ſo würde die ſittliche Kraft des Rechts über die Gemüther raſch abnehmen und das Recht im ewigen Rollen begriffen dem Abgrunde entgegeneilen. Je leichter, raſcher und häufiger in einem Staat das Recht producirt, deſto geringer ſeine moraliſche Kraft;[31]) je ſeltner dieſe Productionen, je länger der Zwiſchenraum zwiſchen der Empfängniß und der Geburt, je ſchmerzhafter die Geburtswehen, deſto feſter und kräftiger das Product. Darum kann das Recht nur bei einem willenskräftigen Volk gedeihen, denn nur bei einem ſolchen Volk iſt die conſervative wie progreſſive Kraft in dem Maße ausgebildet, daß das Recht langſam und ſicher fortſchreitet. Als Beiſpiel nenne ich das ältere Rom und England; für das gegenüberſtehende Extrem einer Eintagsfliegen-Fruchtbarkeit braucht man leider weniger nach Beiſpielen zu ſuchen.

Dieſe eben entwickelte Schwerfälligkeit und Langſamkeit des Rechts läßt ſich mit andern Worten auch ſo ausdrücken: das Recht bedarf zu ſeinen Productionen langer Zeiträume. Wir ſtellen dem nun gegenüber eine zweite Eigenthümlichkeit der Beziehung der Zeit zur Rechtsgeſchichte, nämlich die Unbeſtimmtheit

31) Der bekannte Satz von Tacitus: perditissima republica plurimae leges. Auch bei Individuen iſt ja die Fruchtbarkeit an guten Vorſätzen ein Zeichen von Charakterſchwäche.

und Unsicherheit des Zeitpunktes. Dieselbe hängt mit der Länge der Zeiträume nicht nothwendig zusammen; letztere kann mit scharfer Bestimmung der Zeitpunkte und umgekehrt die Kürze der Zeiträume mit Unbestimmtheit jener verbunden sein.

Der Erlaß eines Gesetzes läßt sich nach Tag und Stunde bestimmen, und wäre die Geschichte des Rechts nichts als eine Geschichte der Gesetze, so würde hier für manche Zeiten die äußerste chronologische Genauigkeit herrschen können. Aber so wichtig es stets in praktischer Beziehung ist, von welchem Zeitmoment an ein Gesetz gilt, so wenig ist dies in historischer Beziehung der Fall. Als einziger äußerer Anhaltspunkt mag uns auch hier das Datum des Gesetzes brauchbar sein, aber überschätzen wir nicht den Werth desselben. Nichts wäre irriger als zu glauben, daß die Geburtsstunde der in dem Gesetz aufgestellten Rechtsgrundsätze mit jenem Augenblick zusammenträfe. Beide können vielmehr weit auseinanderfallen; wir erinnern an unsere Ausführung über die Formulirung der Rechtssätze. Längst bevor das Gesetz einen Rechtsgrundsatz sanctionirte, kann derselbe bereits im Leben gegolten haben, und es ist Zufall, daß er gerade jetzt, nicht früher und später ausgesprochen wird. Wie verkehrt wäre es hier, die Entstehung jenes Grundsatzes nach dem Tage des Gesetzes zu datiren.

Aber selbst dieser äußere Anhaltspunkt des Publicationstages der Gesetze fehlt häufig. Wie manches wichtige Gesetz tritt in der römischen Rechtsgeschichte auf, von dem uns nicht einmal das Jahrhundert, in das es fiel, aufbewahrt worden ist. Und wie vieles bildet sich auf dem Boden des Rechts, ohne nur einmal in einem Gesetze erwähnt zu werden. Was die schöpferische Kraft des Lebens oder die Praxis der Gerichte auf gewohnheitsrechtlichem Wege zu Tage fördert, was die Wissenschaft allmählig in Umlauf setzt und in Aufnahme bringt, dafür läßt sich kein Datum angeben. Oder sollten wir es darnach datiren, wann es zuerst in unsern Quellen erwähnt wird, das Jahr, in dem es in der uns erhaltenen Literatur auftaucht, und das vielleicht das funfzigste

oder hundertste seiner Existenz ist, für das erste derselben halten? Die glänzenden Thaten einzelner Individuen, Schlachten und merkwürdige Vorfälle und ebenso auch die wichtigen Gesetze werden sorgfältig berichtet, weil sie äußerlich in die Augen und der Zeit nach in ein bestimmtes Jahr fallen, und kein Annalist, der dieses Jahr vor sich hat, wird sie übergehen; hingegen die allmählige und unmerkliche Bildung des Rechts aus dem Leben heraus entzieht sich leicht dem Auge und erhält selten einen so eclatanten, in einen bestimmten Zeitmoment fallenden Abschluß, daß derselbe als ein Ereigniß dieses bestimmten Jahres aufgezeichnet werden müßte. So schleicht sich der auf diesem Wege gebildete Rechtssatz, eben weil seine Bildung nicht mit Geräusch verbunden ist und nicht in ein einzelnes Jahr fällt, unbeachtet durch manches Jahr dahin, bis ein Zufall ihm die erste schriftliche Aufzeichnung verschafft, die aber wiederum ein anderer Zufall der Nachwelt vorenthalten kann. Bei der Betrachtung des Rechtsorganismus (§. 3) fanden wir eine dreitheilige Gliederung desselben: Rechtssätze, Rechtsbegriffe, psychische Organisation desselben, und im allgemeinen möchte die chronologische Bestimmtheit in derselben Weise abnehmen, wie wir in jener Gliederung vom speziellen zum allgemeineren aufsteigen. Ein Rechtssatz wird zu seiner Bildung kürzere Zeit gebrauchen als ein Rechtsbegriff, ein Rechtsbegriff kürzere Zeit als ein Umschwung in der Rechtsanschauung. Für diejenigen Perioden der Geschichte, in denen die Bildung der Rechtssätze vorzugsweise dem Gesetzgeber anheimfällt, ist dieser Satz offenbar am zutreffendsten, hier ließe er sich auch so ausdrücken: Der Gesetzgeber arbeitet rascher als die Doctrin, die Doctrin rascher als der Volksgeist, je langsamer aber hier der Bildungsprozeß, um so unbestimmter der Zeitpunkt seines Abschlusses.

Aus dem bisherigen geht zur Gnüge hervor, wie unvollkommen es mit der Chronologie der Rechtsgeschichte für entlegene, quellenarme Zeitalter beschaffen sein muß. Für manche völlig gleichgültige Gesetze kann sie Jahr und Tag angeben, und für die

wichtigsten Ereignisse, für den Umschwung der Ideen und die durch denselben hervorgerufene Umgestaltung des Rechts kaum das Jahrhundert. Die Zusammenstellung von Jahreszahlen, zu der sie sich durch ihre Quellen in Stand gesetzt sieht, ist daher nothwendigerweise sehr lückenhaft, und die einzelnen Angaben enthalten dem bisherigen nach nur selten den wirklichen, wahrhaften Zeitmoment eines rechtshistorischen Ereignisses. Das unmittelbare Interesse einer so unvollkommenen Chronologie kann ich daher nur höchst gering anschlagen; dagegen wird sich unten bei dem, was wir an ihre Stelle setzen werden, ein hoher mittelbarer Werth derselben ergeben.

Als Resultat haben wir gefunden, daß das Moment der Zeit in der Geschichte des Rechts eine geringere Bedeutung hat als in der politischen Geschichte, indem nämlich die Bewegung des Rechts eine mehr innerliche und darum sehr langsame und unmerkliche ist, die Zeit*räume* also lang und die Zeit*punkte* unbestimmt sind.

Es ist nur ein anderer Ausdruck dieses Resultates, wenn wir sagen: Der Rechtshistoriker muß die Zeit mit einem weiteren und elastischeren Maße messen, als sonst üblich ist. Je enger die zeitlichen oder räumlichen Gränzen eines Gegenstandes sind, desto genauer kann das zeitliche oder räumliche Maß, desto näher der Standpunkt der Betrachtung sein; je weiter aber die Dimensionen in Zeit oder Raum, desto weiter *darf* auch das Maß, desto entfernter *soll* der Standpunkt der Betrachtung sein, damit ein richtiger Totaleindruck gewonnen werde, der Zusammenhang des Gegenstandes in die Augen springe. Ein Rechtshistoriker wird daher kleinere und nach Jahren bestimmte Zeiträume, die für die Darstellung der politischen Geschichte durchaus geeignet wären, nicht zu Grunde legen können, ohne sich von vornherein die Verfolgung seines letzten Ziels — die Aufdeckung des sachlichen Zusammenhanges in der Entwicklung des Rechts — sehr zu erschweren. Er wird sich vielmehr von vornherein anschicken müssen dieser Entwicklung ununterbrochen während einer Reihe von Jahrhunderten zu folgen, ich möchte sagen, der Zeit Zeit

laſſen ſich ihm verſtändlich zu machen. Ebenſo wird er, wenn der Verlauf dieſer Entwicklung ihn zwingt, einen Abſchnitt zu machen, ſich nicht ein beſtimmtes Jahr als Gränzpunkt ſetzen, über den er ſeinen Blick nicht hinausſchweifen laſſen dürfe. Denn wenn die Geſchichte ſelber ihm die Feſtſtellung eines ſolchen Normaljahres auch noch ſehr erleichtert hätte, ſo würde gleichwohl der Zeit nach manches dieſſeits des Normaljahres fallen, was ſachlich zur folgenden Periode, manches jenſeits deſſelben, was ſachlich zur vorhergehenden Periode gehört. Der ſcharfe Einſchnitt nach Seiten der Zeit würde hier alſo das Zuſammengehörige trennen, das Heterogene unvermittelt neben einander ſtellen. Um dieſe innere Connexität zu retten, wird daher der Rechtshiſtoriker ſeinen Perioden ſtatt des Jahres vielleicht nur ein Jahrhundert als Gränze anweiſen können und vielleicht trotzdem gezwungen ſein des Zuſammenhanges wegen Einzelnes aus der einen Periode in die andere hinüber zu ziehen. Man wird daher den Perioden des Rechtshiſtorikers nothwendigerweiſe eine gewiſſe Elaſticität zugeſtehen müſſen. Dies Poſtulat enthält im Grunde nichts als die Anwendung unſeres oben aufgeſtellten Fundamentalſatzes, daß die *innere* Verwandtſchaft der Thatſachen weſentlicher iſt als ihre *äußere* Verbindung durch die Zeit. Die Geſchichte eines jeden Rechtes wird es bewähren, daß die Vorboten eines neuen Syſtems ſich bereits einſtellen, während das alte noch in voller Kraft ſteht, und daß umgekehrt Nachzügler des letzteren ſich ſo lange verſpäten können, daß erſteres inzwiſchen zur vollſtändigen Herrſchaft gelangt iſt. Jene Vorboten, der Zeit nach früher als dieſe Nachzügler, werden nur vom Standpunkt des *neuen* Syſtems aus, dieſe Nachzügler nur von dem des alten aus richtig gewürdigt werden können, ihre ſyſtematiſche Beziehung, nicht ihr chronologiſches Verhältniß weiſt ihnen ihre wahre Stellung an.

Die bisherige Ausführung hat uns bereits zu einem Punkt geführt, von wo aus wir nur noch einen Schritt zu thun haben, um bei dem in der Rechtsgeschichte nicht seltenen Fall eines Conflictes zwischen dem Moment der Zeit und dem des sachlichen Zusammenhanges der historischen Entwicklung (dem chronologischen und systematischen Moment) jenes erste Moment für das secundäre und accessorische, dieses zweite aber für das wesentliche und bestimmende zu erklären. Die Zeit soll durch das System verdrängt werden, letzteres soll sich aus sich selbst heraus frei entwickeln, ohne durch die Zeit beengt zu sein, und nur soweit, als letztere im Stande ist sich zu einem systematischen Moment zu gestalten, soll sie Zutritt finden. Vielleicht treibt mich die ungebührliche Wichtigkeit, welche man dem Moment der Zeit in der Rechtsgeschichte beilegt, in das entgegengesetzte Extrem, wie ja ein Extrem das andere hervorzurufen pflegt, aber ich habe bis jetzt keinen Grund gefunden, die Richtigkeit meiner Ansicht, deren Begründung ich jetzt versuchen will, zu bezweifeln.

Die zwei äußersten Extreme, die hier möglich sind, würden sein die ausschließliche Anordnung der Rechtsgeschichte nach dem Moment der Zeit und die ausschließliche, jegliche Zeitangabe verschmähende Verfolgung des inneren Zusammenhanges der Entwicklung. Jenes erste Extrem, die rein annalistische Darstellungsmethode, würde eine Einsicht in die Totalentwicklung des Rechts weder voraussetzen noch gewähren; es würde hier nicht einmal der erste Ansatz zu einer Rechtsgeschichte vorhanden sein, und man könnte von diesem Standpunkt aus sich dem systematischen Moment gar nicht nähern, geschweige beide Momente miteinander verschmelzen.

Ganz anders verhält es sich mit dem entgegengesetzten Extrem. Vorausgesetzt daß es gelänge, den realen Zusammenhang der Entwicklung des Rechts wahrhaft zu erfassen und darzustellen, worüber unten ein weiteres, so würde damit die wesentliche Aufgabe des Historikers gelöst sein, und was fehlte, würde sich leicht nachtragen lassen, es wären eben nur die Jahreszahlen, das rein

Zufällige, Aeußerliche in der Zeit.[32] Es würde hier nicht derselbe Verstoß gegen das chronologische Moment begangen, wie dort gegen das systematische, die Zeit negirt, wie dort das System, sondern das System würde in der That selbst ohne Wissen und Wollen des Darstellenden implicite das Wesentliche des Moments der Zeit in sich aufgenommen haben, indem eben die Schilderung der realen Entwicklung des Rechts (was ich hier System nenne) sich parallel mit der Zeit selbst bewegen würde. Der Fortschritt des Systems involvirt nothwendigerweise den Fortschritt der Zeit, nicht aber umgekehrt, denn die Zeit ist nicht die vis movens, sondern der bloße Rahmen, in den die Evolutionen des Systems hineinfallen. Das Andersein eines und desselben Gegenstandes setzt nothwendig ein Andersein der Zeit voraus, und wer das Verhältniß in den Veränderungen des Gegenstandes systematisch, sachlich begriffen hat, wird sie im Wesentlichen in dieselbe Ordnung bringen, in der sie in der Zeit aufeinander folgen.

Dem Geologen, der uns die Geschichte der Bildung der Erdoberfläche schildert, ist kein äußeres Zeugniß der Zeit gegeben, ihm ist nicht berichtet, in welcher Reihenfolge und in welchen Intervallen die Veränderungen der Erdoberfläche vor sich gegangen sind. Und doch kann er uns diese Reihenfolge aufs unwidersprechlichste darthun, ja er kann, wenn auch nur mit einem sehr weiten Maßstabe, die Zeit bestimmen, die über diesen Bildungen verflossen ist — denn die Geschichte, die er darstellt, hat sich dem Gegenstande selber incrustirt, das Moment der Zeit hat sich entsprechend in der Sache selber ausgedrückt.

Diese Bestimmbarkeit der Zeit nach sachlichen Kriterien, die

32) Ich nenne sie zufällig in demselben Sinn, in welchem man es Zufall nennen kann, daß in einem bestimmten Zeitraum die und die Personen gestorben sind, während man nach statistischen Beobachtungen es als voraussichtlich nothwendig bezeichnen konnte, daß so viel Procente der Bevölkerung sterben mußten. So läßt sich auch begreifen und motiviren, daß eine historische Thatsache in dies Jahrhundert, nicht aber, daß es in dieses Jahr und auf diesen Tag fiel.

Möglichkeit der innern Chronologie im Gegensatz zu der auf äußere Zeugnisse sich stützenden äußern Chronologie ist keineswegs auf die Geschichte der Natur beschränkt, sondern sie findet auch auf dem Gebiete der moralischen Welt ihre Anwendung. Nehmen wir z. B. die Geschichte einer Literatur und Sprache. Wenn nach Jahrtausenden einem Literarhistoriker und Sprachforscher die Hauptwerke der deutschen Literatur von Anbeginn derselben bis auf die heutige Zeit in bunter Unordnung und mit Ausmerzung jeglicher darin enthaltenen Jahreszahlen übergeben würden, sollte es ihm nicht gelingen, nach systematischen Kriterien die Zeitfolge derselben zu bestimmen und eine Geschichte der deutschen Sprache und Literatur zu schreiben, bei der nichts weiter fehlte als die Jahreszahlen? Gäbe man ihm für jede Periode nur einige äußere chronologische Anhaltspunkte, so würde er sogar im Stande sein, die meisten der fehlenden Zeitbestimmungen selbst zu machen. Ganz dasselbe gilt für das Recht.

Je unpersönlicher, innerlicher, naturwüchsiger eine Entwicklung, je langsamer sie von Statten geht, je weniger der Anfang oder das Ende derselben in einen bestimmten Zeitmoment fällt, um so dürftiger wird regelmäßig die äußere Chronologie, um so nöthiger, aber auch um so ausführbarer ihre Ergänzung auf dem Wege der innerlich chronologischen Bestimmung.

Am wenigsten Schwierigkeiten wird diese Bestimmung in Anwendung auf die Rechtsgeschichte haben, sobald sie nicht absolut verfahren d. h. nicht die Zeit ermitteln will, in welche die einzelnen rechtshistorischen Ereignisse fallen, sondern sich darauf beschränkt, relativ die Reihenfolge derselben zu entdecken. Den drei Rechtssystemen, die wir späterhin charakterisiren werden, steht ihr verschiedenes Alter und die Folge derselben so deutlich auf der Stirn geschrieben, daß kein Verständiger ein äußeres Zeugniß dafür begehren wird. Dasselbe gilt für jeden, der derartige Schrift lesen kann, von den verschiedenen Entwicklungsphasen der einzelnen Institute. Man vergleiche z. B. die verschiedenen Formen der Ehe; wer sähe nicht sofort, daß die Ehe mit manus älter ist

als die ohne manus, die Eingehung der ersteren durch confarreatio älter als die durch coemptio? Man nehme ferner die Errichtung des Testaments in den Comitien, durch aes et libram, die prätorische Testamentsform; die Antretung der Erbschaft durch cretio, pro herede gestio; die Obligationsformen des nexum, der Stipulation, die Obligirung durch bloßen Consens; die Vindication in Form der legis actio sacramento, der sponsio, der arbitraria actio; die Handhabung der Strafgerichtsbarkeit durch die Comitien, die quaestiones perpetuae, die Einzelnrichter; die Strafen des sacer esse, des Exils, der Verurtheilung ad bestias, metalla u. s. w.; den Legisactionen-, Formular-Prozeß, das Verfahren extra ordinem; die Personalexecution, die bonorum venditio, das pignus ex causa iudicati captum; das Legat, Fideicommiß; Errichtung der Servituten, Freilassung u. s. w. auf solenne und nichtsolenne Weise u. s. w. Wer braucht sich in allen diesen Fällen die Reihenfolge der verschiedenen Formen erst angeben zu lassen? Wie bei allem, was entsteht und vergeht, die verschiedenen Stufen der Entwicklung ihren bestimmten Typus tragen, so auch beim Recht, und so wenig ein Jüngling den Typus eines Greises, ein Mann den eines Kindes an sich tragen kann, so wenig können auch Rechtsideen, die erfahrungsmäßig einer gewissen Altersstufe angehören, wie z. B. die Präponderanz der Religion im Kindheitsalter des Rechts bei einem einzelnen Recht diese Abhängigkeit verläugnen. Die Auffassung der Strafe als eines religiösen Sühnemittels, als Privatgenugthuung, als Ausübung der Strafgewalt des Staats weist auf verschiedene Culturstufen hin, deren Reihenfolge wo sie überhaupt sich finden, eine nothwendige ist. Es lassen sich über die Priorität der verschiedenen Rechtsbildungen gewisse allgemeine Sätze aufstellen, z. B. daß das relativ vollkommnere Rechtsmittel oder Rechtsinstitut jünger ist als das unvollkommnere, der gerade Weg später aufgefunden ist als der Umweg (die mittelbare Erreichung eines rechtlichen Geschäftes durch Scheingeschäfte, Fictionen u. s. w.), die materielle, äußerliche Auffassung der innerlichen, spirituellen, die

grammatiſche Interpretation der logiſchen der Zeit nach vorgeht u. ſ. w. Der comparativen Jurisprudenz der Zukunft wird es möglich werden, ſtatt ſolcher abgeriſſenen Abſtractionen eine zuſammenhängende Theorie der Altersſtufen des Rechts aufzuſtellen; es iſt dies eine von den Aufgaben der allgemeinen Phyſiologie des Rechts. Für unſere gegenwärtige Zwecke werden wir ſelten in die Lage kommen zu ſolchen allgemeinen Sätzen unſere Zuflucht zu nehmen, indem uns die chronologiſch feſtſtehenden Punkte des römiſchen Rechts für die Beſtimmung der chronologiſch unſicheren faſt überall Anhaltspunkte gewähren.

Dieſe Anhaltspunkte ſind für die *abſolute* Zeitbeſtimmung, der wir uns jetzt zuwenden, völlig unentbehrlich. Um zu beſtimmen, welcher Zeit irgend eine ohne Bezeichnung derſelben uns überlieferte Rechtsbildung angehört, müſſen wir den Charakter der verſchiedenen Zeiten, ihre Eigenthümlichkeiten in Auffaſſung und Geſtaltung des Rechtsſtoffes kennen. Hier iſt dann der Punkt, auf dem die äußere Chronologie uns die weſentlichſten Dienſte erzeigt. Dieſe Dienſte können wir ihr aber in doppelter Weiſe reichlich erwidern, einmal nämlich indem wir die Lücken, die ſie läßt, ausfüllen, und ſodann, indem wir das Moment der Zeit, das ſie nur in einſeitiger und rein äußerlicher Weiſe hervortreten läßt, zu ſeiner wahren innerlichen Bedeutung erheben. Beide Aufgaben ſind auf *einem* Wege, aber auch nur auf dieſem erreichbar, nämlich auf dem oben bereits angegebenen der Aufſuchung der Lagerungsſchichten oder Syſteme der Rechtsbildung. Man wird freilich, auch ohne dieſen Weg einzuſchlagen, einzelne rechtshiſtoriſche Erſcheinungen, für die keine Zeitangabe ſich findet, nach ihrer Aehnlichkeit oder Verwandtſchaft mit anderen chronologiſch beſtimmten lociren können, allein dies bleibt Stückwerk, und wo es mehr iſt, wird dies nur dadurch möglich, daß man ſich dabei durch ſeine Anſchauungen von dem *Charakter* der verſchiedenen *Zeiten* leiten läßt. Wir verlangen nichts anderes, als daß dieſe Anſchauungen ausgeſprochen, gerechtfertigt, geläutert und zu einem Ganzen verbunden werden. Sobald man eine rechtshiſtoriſche

Erſcheinung in eine beſtimmte Zeit verlegt, weil ſie mit den übrigen Erſcheinungen derſelben eine ähnliche Tendenz verfolgt, auf derſelben Idee beruht, ſo operirt man bereits mit dem Mittel, das wir hier anwenden wollen. Dieſe Operation kann aber nur zu einem gedeihlichen Ziele führen, wenn ſie nicht bloß hie und da, wie es das Bedürfniß einer rechtshiſtoriſchen Aufgabe mit ſich bringt und unter Beziehung auf einzelne unbewieſene oder vorgefaßte Anſchauungen vorgenommen wird, ſondern wenn ſie die Syſteme der Rechtsbildung in ihrer Totalität zu ihrer Grundlage nimmt. Erſt in dieſer Totalität des Syſtems tritt die innere Aehnlichkeit des einzelnen, äußerlich ſehr verſchiedenen Stoffes hervor, erſt hier gewinnt man einen ſicheren Maßſtab zur Beurtheilung ſeines Alters. Nehmen wir nun an, daß es gelingt, für die verſchiedenen Zeiten verſchiedene Syſteme der Rechtsbildung nachzuweiſen, ſo werden wir mit derſelben Sicherheit, mit der ein Literarhiſtoriker und Sprachforſcher eine ihm vorgelegte Schrift in dieſe oder jene Zeit verweiſt, daſſelbe wenigſtens hinſichtlich mancher rechtshiſtoriſcher Erſcheinung zu thun vermögen. Wie er werden auch wir ſagen können: dieſe Form des Rechtsinſtituts paßte nur in dieſes Syſtem hinein, jene nur in jenes; dieſe Neuerung konnte nur unter dem Einfluſſe der Tendenzen dieſer beſtimmten Zeit entſtehen, nur in dieſer Atmoſphäre gedeihen. Nicht immer freilich können wir mit ſolcher apodiktiſcher Gewißheit ſprechen, wir werden vielmehr zugeben müſſen, daß manche rechtshiſtoriſche Erſcheinung für verſchiedene Zeiten denkbar, möglich geweſen wäre.

Plan der folgenden Darſtellung.

VI. Wir unterſcheiden in der Geſchichte des römiſchen Rechts drei Syſteme, von denen das zweite, deſſen Blüthe mit der der Republik zuſammenfällt, das ſpecifiſch römiſche iſt, den Culminationspunkt der römiſchen Nationalität im Recht enthält. Die

beiden andern Syſteme ſind die Endpunkte, durch welche dieſes Recht mit der außerrömiſchen Geſchichte zuſammenhängt, und zwar durch das erſte mit der Vorgeſchichte, durch das dritte mit der Nachgeſchichte Roms. Das erſte repräſentirt das urſprüngliche Betriebscapital, welches Rom von der Geſchichte mit auf den Weg erhalten, das dritte die reichlich verzinſte Anleihe, die es dafür der Welt zurückerſtattet.

Das erſte Syſtem, wenn wir es ſo nennen wollen, oder die Ausgangspunkte ſeines Rechts findet Rom bereits vor. Die urſprüngliche Bildung deſſelben fällt über alle urkundliche Geſchichte hinaus in die Periode der urſprünglichen Gemeinſamkeit aller indogermaniſchen Völker. Noch in der Geſtalt, die es in der älteſten römiſchen Zeit an ſich trägt, hat es unverkennbare Aehnlichkeit mit dem Recht, das achthundert bis tauſend Jahr ſpäter bei den Germanen ſichtbar wird; [33]) die wandernden Germanen mochten noch ein Jahrtauſend auf dieſer niederſten Stufe ſtehen bleiben, das römiſche Volk ließ dieſelbe bald hinter ſich und legte in unſerm zweiten Syſtem, deſſen Bildung bereits mit der Königszeit beginnt, eine glänzende Probe ſeiner Befähigung zur Cultur des Rechts ab. Dies Syſtem zeigt uns zunächſt die Aufhebung des Zuſtandes der Unentſchiedenheit, der Gebundenheit der innern Gegenſätze, welcher, wie er jeden Anfang überhaupt begleitet, ſo auch den Charakter des älteſten Rechts beſtimmt hatte. Recht und Religion, Staat und Individuum ſondern ſich, und auch innerhalb der einzelnen Theile des Rechts ſetzt ſich der Scheidungsprozeß in größter Ausdehnung fort und treibt hier im Einzelnen Bildungen hervor, die durch die Schärfe ihres Gegenſatzes in Form und Inhalt, durch das Kernhafte und Charakteriſtiſche, durch ihre Fülle und Conſequenz, kurz durch ihre ſcharfgeprägte Individualität den Eindruck plaſtiſcher Geſtalten machen. Was in dieſem Syſtem zur Erſcheinung kommt, daß iſt kernig wie die Römer jener Zeit ſelbſt; nichts Halbes, nichts Unbeſtimmtes, nichts Zuſammengeſetztes und Ueber-

33) Den Beweis muß ich zunächſt ſchuldig bleiben.

gangsartiges, nichts Mildes und Zartes, sondern Alles entweder ganz — oder gar nicht vorhanden; kenntlich bis zur Unmöglichkeit eines Mißgriffes, einfach und aus einem Gedanken heraus gearbeitet, aber dieser mit unerbittlicher und grausamer Consequenz durchgeführt. Das Recht macht den Eindruck einer durch ihre ingeniöse Einfachheit großartigen Maschine. Sie arbeitet eben wegen ihrer Einfachheit mit der größten Sicherheit und Gleichmäßigkeit, aber wehe dem Unvorsichtigen, der ihre Handhabung nicht versteht und ihr zu nahe kommt: ihre eisernen Räder zermalmen ihn. Jene Gleichmäßigkeit beruht freilich zugleich auf einer Unvollkommenheit; es gibt keine Vorrichtung die Maschine zu stellen, sie producirt immer nur dieselben sich aufs Haar gleichenden Stücke d. h. das Recht ist außer Stand sich den individuellen Zuständen und Bedürfnissen anzuschmiegen, die Gleichheit, die es erstreht und bewirkt, ist eine rein mechanische, äußerliche, jene, von der es heißt: Summum jus summa injuria. Nichts thut das Recht von selbst, sondern es wartet darauf, daß es durch denjenigen, der seiner bedarf, in Bewegung gesetzt werde, und zu dem Zweck ist nöthig, daß letzterer die Kraft und Geschicklichkeit dazu besitze und selbst mithandle. Thut er dies, so garantirt das Recht ihm andererseits die höchste Sicherheit des Erfolges, denn der Erfolg, die Anwendung des Rechts läßt sich ebenso bestimmt und leicht berechnen wie ein mathematisches Exempel; das Resultat desselben aber ist unumstößlich.

Der Gedanke, von dem das ganze Privatrecht durchdrungen ist, ist der der Autonomie des Individuums, die Idee, daß das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern aus eigener Machtvollkommenheit existirt, seine Berechtigung in sich selber trägt. Das privatrechtliche Princip ist in den rechtlichen Abstractionen so auf die Spitze getrieben, daß es dem Staatsprincip Hohn zu sprechen und der Gedanke der subjectiven Willensfreiheit sich zur Entfesselung der reinen subjectiven Willkühr verirrt zu haben scheint. Die Vermittlung aber dieser abstracten subjectiven Ungebundenheit mit dem Interesse der Gemeinschaft

und des Staates sowie mit der Sittlichkeit lag in der Sitte, in dem Charakter des Volks, den realen Zuständen des römischen Lebens. Nie hat es wohl ein Recht gegeben, in dem die abstracte Formulirung dessen, was geschehen konnte und durfte, sich so weit von dem, was wirklich geschah, entfernte. Wo die Festigkeit und Selbstbeherrschung der Individuen sowie die Macht der öffentlichen Meinung dem Mißbrauch der Freiheit wehrt, braucht letztere nicht ängstlich beschnitten zu werden. Das ganze römische Privatrecht und ebenso das Staatsrecht dieser Zeit ist getragen durch die Voraussetzung, daß der Inhaber einer privatrechtlichen oder öffentlichen Gewalt dieselbe würdig gebrauchen werde. Die Möglichkeit des schmählichsten Mißbrauches derselben ist an sich stets vorhanden, in der Macht der Beamten z. B. liegt die Möglichkeit, die Staatsmaschinerie zum Stocken zu bringen, das Volk in der Ausübung seiner Souverainetät zu beeinträchtigen und zu hofmeistern, in der des Vaters, das Kind grundlos zu ermorden; aber das römische Recht geht von der Ansicht aus, daß die schärfsten Messer die besten sind, und daß man Männern, die damit umzugehn verstehn, dieselben getrost anvertrauen kann und nicht eines möglichen Mißbrauchs wegen sie abzustumpfen braucht. Jene Gewalten werden daher nicht durch das Recht selbst beschränkt, sondern dem Inhaber bleibt überlassen, je nach dem Bedürfniß des einzelnen Falls sie in ihrer äußersten Wucht zur Anwendung zu bringen oder die durch Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Staatsinteresse u. s. w. gebotene Mäßigung aus freier Selbstbeschränkung zu beachten.

Das ganze Recht war auf die Römer der alten Zeit berechnet, sowohl hinsichtlich der Gewalt, die es gewährte, als hinsichtlich der Vorsicht und Sorgsamkeit, mit der man sich auf dem Gebiete des Rechts zu bewegen hatte. Ein anderes Geschlecht, eine andere Gesinnung, eine unerfahrene Hand, und die Freiheit schlug in Zügellosigkeit, die Sicherheit des Rechts in Unsicherheit um. Mit dem siebenten Jahrhundert der Stadt tritt diese Wandlung ein, und wie das Maß römischer Kraft auf das der gewöhnlichen

menschlichen Kraft herabsinkt, so accommodirt sich auch das Recht dieser Thatsache, läßt immer mehr von seinem streng römischen Charakter ab und nimmt einen allgemeineren, kosmopolitischen an.

Damit gelangen wir zum dritten System. Das zweite war seinem Inhalt wie seinen Formen nach auf Römer berechnet und auf sie beschränkt. Für den Verkehr mit Auswärtigen bildete sich allmählich ein internationales Recht aus, nicht gebunden an römische Formen, nicht unterworfen dem Rigorismus der starren römischen Consequenz und Einseitigkeit, aber auch nicht theilhaftig jener im römischen Recht liegenden Machtfülle. An diesem Recht vermochte sich eine freiere, geistigere Erfassung und Behandlung des Rechts ungehindert zu bethätigen, und in der Bestimmung desselben für den Weltverkehr lag die Aufforderung an die Jurisprudenz sich bei der Ausbildung desselben der rein national römischen Eigenthümlichkeiten zu entschlagen, also vorher sich derselben bewußt zu werden. So ward dies Recht ein Spiegel der Selbsterkenntniß für das reine römische Recht und, nachdem der Denationalisirungsprozeß des römischen Volks und in Folge dessen des Rechts selbst begonnen, auch Muster und Quelle für dasselbe.

Eiserne Willensstärke hatte das zweite System geschaffen, die Abnahme derselben führte den Untergang desselben herbei, in dieser Beziehung enthält also das dritte System einen entschiedenen Rückschritt. Aber in anderer Richtung ist es doch unendlich mehr als ein bloßes farbloses und mattes Residuum des nationalen Rechts; nach dieser Seite hin erscheint es nicht als eine Stufe, zu der man aus Mangel an Kraft hinab gefallen, sondern zu der man hinauf gestiegen war. An die Stelle der moralischen Qualification des römischen Volks, die der Hauptfactor des zweiten Systems gewesen, tritt im dritten System als Ersatz derselben die höchste intellectuelle Begabung. Auf den festen, unverwüstlichen Grundlagen, die ihr überliefert waren, führte sie ein Meisterstück juristischer Kunst auf, wie die Welt dessen gleichen nicht kennt, ein Gebäude von solcher Vollendung

und Festigkeit, daß noch beinah ein Jahrtausend später fremde Völker die verschlossenen Pforten desselben wieder öffnen, um hier ihre Lehr- und Gerichtssäle einzurichten.

Der Stoff zur Charakteristik dieses dritten Systems drängt in solcher Fülle, daß es unmöglich ist, das Wesentliche desselben in wenige Züge zusammenzufassen, ein Mehreres wäre aber an dieser Stelle, wo es uns nicht um eine concentrirte Anticipirung unserer Resultate, sondern nur um die Mittheilung unseres Planes zu thun ist, völlig ungeeignet, ein Minderes hingegen, weil es ein schiefes Bild gewähren würde, eher nachtheilig als vortheilhaft. Mögen wir also vorläufig dies System als das supranationale oder freiere bezeichnen und der spätern Darstellung den Nachweis vorbehalten, in welchen Punkten dies System von den specifisch römischen Ideen sich entfernt, und woran die geistig freiere Behandlung sich bethätigt hat.

Es wird schließlich noch die Bemerkung erlaubt sein, daß wenn es uns gleich nur um die allgemeinen Charakterzüge des römischen Rechts zu thun ist, die Begründung unserer Urtheile stets ein Eingehen auf den concreten rechtshistorischen Stoff unentbehrlich macht. Ueberzeugt, daß abstracte Gesichtspunkte ohne eine gewisse stoffliche Schwere keinen rechten Eingang gewinnen, habe ich in letzterer Beziehung eher zu viel als zu wenig thun zu müssen geglaubt.

Erſtes Buch.

Die Ausgangspunkte des römiſchen Rechts.

Die Anſchauungen der Urzeit.

Omnes veteres philosophi ad incunabula accedunt, qui in pueritia facillime se arbitrentur naturae voluntatem posse cognoscere.

Die Ausgangspunkte des römiſchen Rechts.

Urzuſtände — Erinnerungsvermögen des römiſchen Volks — Ergänzung der Tradition durch Etymologie und Rückſchlüſſe vom ſpätern Recht.

Rationem praestat praecipue analogia nonnumquam et etymologia. Quintil. I. O. I 6 § 1.

VII. Die Urzuſtände der Völker, die erſten Anfänge der Rechts- und Staaten-Bildung haben ein ſehr hohes culturhiſtoriſches Intereſſe. Der Reiz, den ſie auf den Hiſtoriker ausüben, und der ihn trotz aller Mühſeligkeit der Aufgabe immer wieder zu ihnen zurückführt, iſt derſelbe, den das erſte Erwachen des Geiſtes im Kinde für den Pſychologen hat. Beide lockt zur Beobachtung dieſelbe Ausſicht, die Ausſicht nämlich den ſchaffenden Weltgeiſt in ſeiner Werkſtätte zu belauſchen und in das Geheimniß des Werdens einzudringen. Aber die Lage des Hiſtorikers iſt ungleich ungünſtiger, denn während der Pſycholog jenes Erwachen des Geiſtes täglich vor Augen hat, reicht das Erwachen aller hiſtoriſchen Völker in eine weite Vergangenheit hinauf, und Mittheilungen von ſehr trügeriſcher und unvollkommner Beſchaffenheit bilden das Material, aus dem der Hiſtoriker ſich das Bild der entſchwundenen Zeit zuſammen ſetzen ſoll. Nicht die Kürze oder Länge der Zeit, die Reihe der Jahrhunderte oder Jahrtauſende iſt es, die dies Zurückgehen auf die hiſtoriſchen Anfänge leichter oder

ſchwieriger macht, ſondern die nach Verſchiedenheit der Völker geringere oder höhere Treue und Stärke des nationalen Gedächtniſſes. Wie bei den Individuen ſo iſt auch bei den Völkern das Erinnerungsvermögen, insbeſondere ſoweit es die Kindheitszeit zum Gegenſtande hat, ein ſehr verſchiedenes. In manchen Völkern lebt treu und unverfälſcht das Bild der vergangenen Tage fort; bei manchen andern hingegen ſtattet eine raſtlos thätige Phantaſie die Vergangenheit ſofort mit glänzenden Farben aus und verwandelt Geſchichte in Dichtung; bei einem andern Volke endlich iſt der Sinn ſo vorwiegend auf die praktiſchen Zwecke der Gegenwart gerichtet, daß ſich bei dem Drange des thätigen Lebens die Kunde abgeſtorbener Zuſtände raſch verflüchtigt.

Von welcher Art war das nationale Erinnerungsvermögen des römiſchen Volks? Die Römer hielten zähe am Alten feſt, und das Gedächtniß großer Thaten ging bei ihnen nie unter, aber zwei Umſtände bewirkten dennoch, daß die Zuſtände ihrer Kindheit nur ſchwach in ihrem Gedächtniß fortlebten. [1]) Einmal nämlich ging ihre ganze Thätigkeit Jahrhunderte lang in den praktiſchen Zwecken der Gegenwart auf. Damit vertrug ſich allerdings eine hohe Achtung vor dem Hergebrachten; was lebte, genoß der kräftigſten Geſundheit bis ins höchſte Alter hinein, allein war es dem Leben einmal völlig abgeſtorben, ſo ward es bald vergeſſen. [1a])

---

1) Huſchke, in der Vorrede zu ſeiner Verfaſſung des Servius Tullius S. VII u. fl. gelangt zu einem andern Reſultat. In ſeinen Augen beſaß das römiſche Volk „eine zuſammenfaſſende Gewalt und Macht des Volksgeiſtes, welche auch die fernſten Zeiten ſeiner Kindheit ſtets in der Einheit des gegenwärtigen Bewußtſeins feſthält, weßhalb er auch wegen ſeines Hängens am Alten ſo ſehr geprieſen oder getadelt wird."

1a) Namentlich von den Juriſten ſ. z. B. Gellius 16, 10 §. 7, 8. Einen weſentlichen Antheil daran hatte das ſprachliche Moment. „Der Handelsvertrag mit Karthago aus dem erſten Jahre der Republik konnte viertehalb Jahrhunderte ſpäter zu Polybius' Zeit auch von den gelehrteſten Römern nur mit größter Mühe geleſen und nicht vollſtändig mehr entziffert werden, und die ſaliariſchen Lieder wurden nachmals ſelbſt von den Prieſtern kaum mehr verſtanden." Schwegler, Röm. Geſchichte I S. 566.

Auch bei den noch geltenden Inſtitutionen pflegte man wenig nach deren hiſtoriſcher Entſtehung und Entwicklung zu forſchen. Ein anderer Grund liegt in dem Charakter der älteſten römiſchen Geſchichte. Wenn die Kindheitszeit eines Volkes in idylliſcher Stille und Gleichmäßigkeit dahin fließt, dann mag die Erinnerung, wie im gleichen Fall beim Individuum, noch lange ein getreues wenn auch etwas idealiſirtes Bild derſelben bewahren. Anders hingegen, wenn jene Zeit im unſtäten, wechſelvollen Treiben, in innern und auswärtigen Kämpfen verläuft, wenn ein Eindruck den andern verdrängt, und wenn zudem gar die Bevölkerung ſelbſt noch nicht zur compacten Feſtigkeit und Einheit gediehen iſt, ſondern durch beſtändig neue Zuflüſſe von außen ſowie durch das Fluctuiren und Drängen ihrer verſchiedenen Schichten im Fluß erhalten wird. Das iſt aber gerade in der älteſten Geſchichte Roms der Fall. Kämpfe im Innern und nach außen hin, Gegenſätze in Abſtammung, Recht und Beſtrebung bezeichnen bereits das erſte Blatt dieſer Geſchichte, und Jahrhunderte vergehen, bis die Elemente des römiſchen Volks zur Einheit eines Subjects verſchmolzen ſind. Für dieſes Subject iſt jene Periode des Bildungsprozeſſes gewiſſermaßen eine Vorzeit, die es ſelbſt nicht erlebt hat, und in der er ſich fremd fühlt. Dem römiſchen Volke der Republik erſchien das ganze Königthum in einem entſtellten Lichte, und erſt die Republik bezeichnete in ſeinen Augen den Anfang einer neuen Aera, von der an es ſich und ſeine Freiheit datirte. Das Verhältniß der ſpätern Jahrhunderte zu der Königszeit ließe ſich etwa vergleichen mit dem des Proteſtantismus zu ſeiner Vorzeit, dem mittelalterlichen Katholicismus. Der Maſſe der Proteſtanten wird der mittelalterliche Katholicismus ſtets als etwas fremdes erſcheinen, das für ſie keine Beziehungen hat; ihr confeſſionelles Intereſſe und Gedächtniß beginnt erſt mit der Reformation.

Dürftig iſt alſo die Kunde der ſpätern Zeit von den Urzuſtänden Roms, [1b]) und manche von ihren dürftigen Mit-

1b) S. darüber die Aeußerungen von Livius 6, 1.

theilungen tragen die offenbaren Spuren der Erfindung oder entstellender Auffassung an sich. Die neuere historische Kritik hat dies aufs schlagendste nachgewiesen und zugleich den Beweis geführt, daß man zu haltbaren positiven Resultaten gelangen kann, die den römischen Geschichtschreibern entgingen. Ist gleich das historische Material, das unserer heutigen Wissenschaft zu Gebote steht, ungleich geringer als das der römischen Geschichtschreiber, so ist doch die Methode der Benutzung desselben eine andere, der historische Blick in manchen Stücken ein schärferer geworden.

Indem wir nun, was die älteste Geschichte Roms anbetrifft, auf jenen positiven Resultaten der heutigen Wissenschaft fußen, beschränken wir unsere eigene Untersuchung lediglich auf das *Recht* der ältesten Zeit. Daß manche der Ansichten, zu denen sie uns führen wird, nur den Werth von mehr oder minder wahrscheinlichen Vermuthungen haben, gestehe ich bereitwillig ein, und Mißtrauen ist hier gewiß mehr am Platz als Leichtgläubigkeit. Allein andererseits bin ich von der Möglichkeit einer der Auffassung der Römer gegenüber sich selbständig verhaltenden Forschung völlig durchdrungen. Dies gilt namentlich von solchen Rechtsanschauungen der Urzeit, deren wir uns mit Hülfe der Etymologie bemächtigen können. Die Etymologie ist eine der beredsten und zuverlässigsten Quellen über die primitiven Anschauungen der Völker; was längst im Leben abgestorben, was aus der Erinnerung des Volks völlig verschwunden, das bewahrt sie noch der Wißbegier kommender Zeiten auf. Sie ist eine Darstellung der Urzustände in einer Hieroglyphen-Schrift, zu der vielleicht erst nach Jahrtausenden der Schlüssel gefunden wird. Die Römer verstanden den historischen Schatz, der in ihrer Sprache aufbewahrt war, nicht zu heben, die Geheimschrift, in der die Denk- und Sinnes-Weise ihrer Vorfahren zu ihnen sprach, nicht zu enträthseln, während *uns* heutzutage der Zugang zu diesem Schatze offen steht. Es ist vor allem das Erwachen des Sanskritstudiums und einer auf dieser Grundlage sich stützenden Sprachvergleichung, das den auf eine spezielle Sprache gerichteten etymolo-

gischen Untersuchungen erst die wahre Fruchtbarkeit und Sicherheit verliehen hat und allen historischen Wissenschaften eine Perspective eröffnet, von der man vorher keine Ahnung hatte. Auch die Geschichte des Rechts wird ihren Antheil daran bekommen, und schon jetzt, ungeachtet der verhältnißmäßig sehr kurzen Dauer jenes Studiums ist es möglich einige Früchte desselben für unsere speziellen Zwecke zu verwenden.

Ein anderer Punkt, in dem das Uebergewicht unserer heutigen Wissenschaft über die Römer gleichfalls zweifellos ist, betrifft das Recht selbst; es ist der Sinn für die historische Entwicklung desselben, die Kenntniß seiner Erscheinungsformen, seiner historischen Natur u. s. w. So groß die römischen Juristen als Dogmatiker waren, so besaßen sie doch gar keinen Sinn für die historische Entwicklung des Rechts. Wenn aber die Römer es versäumten, das rechtshistorische Material, das sie uns mittheilen, zu benutzen, so können wir das Versäumniß nachholen und dürfen die Zuversicht hegen, daß eine sorgsame Beobachtung uns selbst bei der Dürftigkeit des Materials zu neuen Entdeckungen verhelfe. So kann uns namentlich auch das spätere römische Recht für die Kenntniß des ältesten ergiebig werden. Wie in der Sprache, so dauern auch im Recht nicht selten Nachklänge einer Vergangenheit fort, die dem Gedächtniß des Volks längst entschwunden ist.[2]) Auch im römischen Recht der Republik haben sich einzelne Spuren erhalten, die offenbar aus ganz andern Anschauungen hervorgegangen sind, als denen das Recht der Republik seinen Ursprung verdankt, und die wie einzelne erhaltene

2) Es ist wunderbar, wie lange namentlich gewisse Gebräuche, symbolische Geschäfte u. s. w. sich noch erhalten können, nachdem sie ihre eigentliche Bedeutung verloren haben. Es ist z. B. zweifellos, daß noch heutzutage bei uns manche Gebräuche fortdauern, die sich aus der Heidenzeit herschreiben, ja mittelst der ihnen zu Grunde liegenden ursprünglichen Idee auf die frühere Gemeinschaft der indogermanischen Völker hinweisen. S. z. B. die Abhandlung von Kuhn über Wodan in der Zeitschrift für deutsches Alterthum von Haupt B. 5 S. 472.

Punkte einer Peripherie auf ein bestimmtes Centrum der gesammten Rechtsauffassung hinweisen. Werden diese Anzeichen verstärkt durch Fingerweise, die uns die Etymologie in derselben Richtung ertheilt, führen beide endlich auf Ausgangspunkte des Rechts, die erfahrungsmäßig sich anderwärts mehr oder weniger wiederholen, und die sich einer allgemeinen Betrachtung als relativ nothwendige ergeben, dann dürfen wir mit einiger Sicherheit diesen Spuren folgen und die Behauptung wagen: von jenen Ausgangspunkten aus hat sich das römische Recht entwickelt, jenes primitive System der Rechtsanschauung hat einmal existirt, selbst wenn das römische Volk der historischen Zeit sich desselben nicht mehr erinnert. Wann, wo und wie lange es existirt hat, das läßt sich freilich nicht angeben, aber man bescheide sich zu wissen, daß das römische Recht sich von dieser Grundlage aus emporgehoben hat.

Wir werden im gegenwärtigen ersten Buch:

1. die Entstehung des römischen Rechts nach der Sage, die römische Kosmogonie des Rechts einer Kritik unterwerfen (§. 8); sodann
2. die Anschauungen der Urzeit, also die Ausgangspunkte und ursprünglichen Elemente dieses Rechts (§. 9—19) und
3. das Verhalten des römischen Geistes zu diesen vorgefundenen Ausgangspunkten zu ermitteln suchen (§. 20, 21).

Die römische Kosmogonie des Rechts — das Charakteristische derselben für die römische Vorstellungsweise.

VIII. Der Anfang Roms ist nach der Sage der Zustand der Wildheit und Gesetzlosigkeit. Die Gründer Roms sind Räuber und Abentheurer, die von den Ihrigen ausgestoßen sind oder einem zügellosen Leben zu Liebe sich von ihnen losgerissen haben, Götter und Familie daheim lassend und nichts mitbringend als ihren Arm und ihr Schwert. Sie sind ein Aggregat von Individuen, von Atomen, durch nichts vereinigt als durch ihren wilden Sinn und den gemeinsamen Zweck des Raubens. Nicht ein-

mal Frauen bringen ſie mit, und die benachbarten Völker, denen ſie als Ausgeſtoßene erſcheinen, weiſen mit Hohn und Entrüſtung die Zumuthung zurück, ihnen ihre Töchter zur Ehe zu geben. Aber was ihnen nicht gegeben wird, nehmen ſie ſich. Sie laden ihre Nachbarn zur Feier von Spielen ein, überfallen die Gaſtfreunde, deren Verletzung nach den Begriffen des Alterthums eins der frevelhafteſten Verbrechen war, und rauben ihnen die Töchter. Ihr Anführer Romulus, den die Sage zu den Göttern erhebt, geht ihnen mit gutem Beiſpiel voran; Brudermord verſchafft ihm die Alleinherrſchaft. Die Sage ſcheint daran keinen Anſtoß zu nehmen ꝛc.; die Unthat geht, möchte man ſagen, noch auf Rechnung des urſprünglichen Zuſtandes der Wildheit und Willkühr. Dieſem Zuſtande macht Romulus ſelbſt ein Ende.

Als die einzigen Bindemittel des wilden Haufens werden Ordnung und Recht zur Herrſchaft gebracht,[3]) und als Schirmerin derſelben das Königthum errichtet, das Romulus zu dem Zweck mit äußerm Glanz und Anſehn ausſtattet.[4]) Nachdem der Staat eingerichtet, folgt dem Raube der Sabinerinnen die Gründung des Hausſtandes und der Familie.

Nach der Gründung der Familie und des Staats kam die Reihe an die Religion. Romulus gedachte zwar ſchon der Götter, aber ſeine Hauptthätigkeit war doch dem Staate zugewandt. Sein Nachfolger Numa, den nach der Sage der Ruf ſeiner Gottesfurcht und Gerechtigkeit auf den Thron brachte, erſcheint als der Repräſentant des religiöſen Princips. Er beſchränkt ſeine

3) Liv. 1, 8.... multidudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.

4) Liv. ibid ... jura, quae ita sancta ... fore ratus, si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset, quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumtis fecit. Bei ſeinem Rückblick auf die Königszeit in Lib. 2, 1. bezeichnet Livius die königliche Gewalt als die Trägerin oder das Lebensprincip des älteſten Staats und frägt, was aus Rom geworden ſein würde, wenn jener Haufe von Abentheurern nicht durch die Furcht vor dem König im Zaum gehalten worden wäre.

Sorge aber nicht auf das rein Gottesdienstliche, auf Einführung von neuen Göttern und die Regulirung des Cultus, sondern seine Absicht war auch darauf gerichtet „die mit Gewalt und Waffen gegründete Stadt von neuem zu gründen durch Gesetz und Sitte“,[5]) und er erreicht sie dadurch, daß er auch seinen weltlichen Einrichtungen eine religiöse Weihe verleiht, indem er sie gleich den religiösen als Eingebungen der Nymphe Egeria bezeichnet.

Jetzt blieb nichts mehr übrig als das Völkerrecht, und als Repräsentanten dieser Seite des Rechts nennt Livius den vierten König Ancus Martius.[6]) Bemerkenswerth ist dabei aber, daß die Sage, die alles übrige in Rom entstehen läßt, hier die Entlehnung von einem fremden Volke zugesteht.

Dies ist in wenig Zügen die Entstehungsgeschichte des Rechts, wie sie dem römischen Volke der spätern Zeit als die natürliche erscheint. Denn daß jede Sage den Ausdruck der volksthümlichen Denkweise enthält, daß sie, auch wenn sämmtliche Thatsachen, die sie berichtet, unhistorisch sind, dennoch psychologische Wahrheit enthält, bedeutungsvoll ist für die ganze Denk- und Sinnesweise des Volks, das braucht heutzutage nicht mehr

---

5) Liv. 1, 19.

6) Liv. 1, 32. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae ceremoniae proderentur, nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.

„Aber dies war nicht allgemeingiltige Sage, Livius selbst widerspricht sich, da er schon I, 24 die Fetialen in völkerrechtlicher Wirksamkeit unter Tullus Hostilius geschildert hat, und von diesem König leitet denn auch Cicero die Einführung des Völkerrechts ab, während Dionysius die Begründung des Fetialencollegiums dem Numa Pompilius zuschreibt. Dies Fluctuiren der Sage .... berechtigt jedenfalls zu dem Schluß, daß das Völkerrecht in der Entwicklung des römischen Rechtsbewußtseins am spätesten zur Anerkennung gekommen sei. Die innerlich richtigste Form der Sage ist ohne Zweifel die, welche Cicero befolgt.“ So Lange in der Recension der ersten Aufl. dieses Werks in den N. Jahrb. für Phil. u. Pädag. B. 67 S. 38.

geſagt zu werden. So iſt auch die römiſche Sage in dieſer Beziehung ſehr charakteriſtiſch, was an einigen Zügen gezeigt werden möge.

Gewöhnlich liebt es die Mythe, die Bildungen einer relativ ſpätern Zeit in eine weite Ferne, in eine dunkle, ungekannte Vorzeit zu verlegen, das Menſchenwerk und natürliche Erzeugniß einheimiſcher Geſchichte als das Geſchenk der Götter hinzuſtellen und die älteſte Zeit als das goldne Zeitalter zu bezeichnen, in dem die Götter noch unter den Menſchen wandelten. Von alle dem findet ſich in der römiſchen Sage nichts. Alles, was Rom iſt, erwirbt und leiſtet, verdankt es ſich ſelbſt und ſeiner Kraft; alles wird gemacht und organiſirt, in allem iſt Planmäßigkeit, Abſicht, Berechnung. Nichts bildet ſich von ſelbſt, nicht einmal die Gentes, die doch das unmittelbarſte Product des natürlichen Wachsthums der Familien ſind (§. 14), nicht das Recht, das doch größtentheils aus der Sitte hervorgeht. Nichts wird von außen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles producirt Rom aus ſich heraus.

Dies iſt alſo ein Grundzug der römiſchen Anſchauung: Rom hat nichts von außen entlehnt, und was in Rom ſich gebildet hat, das verdankt Rom ſich ſelbſt, das iſt mit *Bewußtſein* und *Abſicht* ins Leben gerufen. Die Lehre von dem ſ. g. naturwüchſigen d. h. dem unbewußten, traumartigen Wachsthum des Rechts hat bei den thatkräftigen Römern nie Anklang gefunden.[7])

So muß denn die Geſchichte in Rom gewiſſermaßen von Neuem beginnen, den langen Weg von der natürlichen Wildheit eines vorſtaatlichen Zuſtandes, dem atomiſtiſchen Nebeneinanderſtehen der Individuen bis zur Bildung eines Volks und Staats und zur Geſittung und Religion von vorne zurücklegen. Rom erhält zur Ausſteuer nichts mit als Männer mit gewaltigem Arm, die auf der Anfangsſtufe der Geſchichte ſtehen, Schiffbrüchige, die in ſittlicher Beziehung nackt ans Land geworfen werden. Sie

7) Für die ſpätere Zeit ſ. §. 25 (Aufl. 2 S. 36).

haben keine Vergangenheit, gehören nicht einem und demselben Volke an, sondern sind von allen Ecken zusammengelaufen, bringen kein gemeinsames Recht, keine gemeinsamen Götter mit, keine Scheu vor alle dem, was den damaligen Völkern werth und heilig war, und werden daher auch von diesen wie ein Auswurf der Menschheit betrachtet.

Die erste Scene in dieser Kosmogonie der römischen Welt ist mithin die absolut erste Stufe, mit der die Geschichte überhaupt begonnen hat: die Herrschaft der Willkühr und Gewalt.

Sodann folgt als zweite Scene die Entstehung der Gemeinschaft, eine Verbindung zu räuberischen Zwecken und aufrecht erhalten durch Gewalt oder militärische Disciplin, aber doch bereits der Anfang des Staates. Dazu gesellt sich die Familie, die Consolidirung des Königthums und die Verbindung mit einem andern Volk.

Erst jetzt erscheint mit Numa Religion und Sittlichkeit. Die Ruhe nach außen hin ist gesichert, im Innern sind die Bedingungen des geordneten äußern Lebens gewährt, die wilde Thatkraft kann feiern, der Zeitpunkt ist gekommen, wo die sittliche Erziehung des Volkes beginnen kann. Noch einmal zwar unter Tullus Hostilius wacht die alte Wildheit wieder auf, aber sie wendet sich nach außen hin, und sein Nachfolger, der Repräsentant des Völkerrechts gibt ihr legale Formen, völkerrechtliche Schranken und weiß, den Geist der Numaischen Zeit wieder lebendig zu machen.

Damit schließt die Schöpfungsgeschichte der römischen Welt, denn was nachher geschieht, betrifft nur Veränderungen des bereits Vorhandenen. Sie hat darin eine gewisse Aehnlichkeit mit der alttestamentlichen Kosmogonie, daß sie in kurzer Zeit aus einem Nichts oder einem Chaos heraus jene ganze Welt hervorgehen und auch die einzelnen Theile derselben hintereinander und abgesondert, wie an jenen biblischen Schöpfungstagen, zur Existenz gelangen läßt. Die Reihenfolge hat etwas Charakteristisches. Daß das Chaos, jener Zustand des individuellen Treibens und der Willkühr den Anfang, das Völkerrecht aber

den Beschluß macht, ist durchaus in der Ordnung. Aber bezeichnend ist, daß die Religion erst nach dem Recht erscheint, denn hier ist die historische Ordnung, wonach das Recht ursprünglich einen religiösen Charakter hat und erst später einen profanen Charakter annimmt, geradezu umgekehrt. Es ist diese Erscheinung bereits von Andern [8]) als merkwürdig bezeichnet, und ich bin geneigt, sie als Ausdruck der römischen Sinnesweise zu betrachten, wonach der Staat die erste, die Religion die zweite Stelle einnimmt.

Schon an dieser Umstellung einer nach aller historischen Erfahrung durchaus constanten Ordnung verräth sich, daß in der Bildungsgeschichte der römischen sittlichen Welt etwas Gemachtes ist, und ganz dasselbe ergibt sich aus andern Gründen. Niebuhrs bekannte Untersuchungen überheben uns der Mühe auf das Einzelne einzugehen, es genügt hier im allgemeinen auf die innere Unwahrscheinlichkeit der römischen Sage aufmerksam zu machen. Indem letztere von dem Bestreben ausgeht, den Anfang Roms so winzig wie möglich zu machen, damit die spätere Größe desselben dagegen einen um so ehrenvolleren Contrast bilde, stellt sie die ursprüngliche Bevölkerung als eine durch nichts verbundene Masse einzelner Individuen dar und gibt letzteren die moralische Ausstattung von „ersten Menschen". Ist dies denn denkbar? Hatte denn nicht jeder, der Rom mit erbauen half, bereits einem geordneten Gemeinwesen angehört, brachte er von dort nicht bereits eine historische Ausstattung mit, oder hätte er seine Götter, seine Rechtsbegriffe, seine ganze sittliche Ausbildung von sich werfen und sich wieder zum wilden Thiere machen können? Und unter diesen Räubern und Mördern hätte sich in kürzester Zeit

8) z. B. Hegel Philosophie der Geschichte S. 361: „Dieser Zug ist dadurch sehr merkwürdig, daß die Religion später als die Staatsverbindung auftritt, während bei andern Völkern die religiösen Traditionen schon in den ältesten Zeiten und vor allen bürgerlichen Einrichtungen erscheinen."

ein Recht bilden, oder vielmehr Romulus hätte nach seinem Belieben ein Recht machen sollen, das aber sofort trotz der disparaten Zusammensetzung der Bevölkerung und trotz ihrer Zügellosigkeit die Macht und den Einfluß eines angestammten, ererbten Rechts ausgeübt hätte? Hegel, der im übrigen das Wesen des römischen Geistes treffend aufgefaßt hat, hat sich freilich zu dieser Annahme entschlossen. Er läßt „den Geist der strengen Gesetzlichkeit der Römer aus jener Entstehung aus der ersten Räubergesellschaft hervorgehn, denn „diese Stiftung des Staats führte unmittelbar die härteste Disciplin mit sich, sowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes." Rom ist ihm „etwas von Hause aus Gemachtes, Gewaltsames, nichts Ursprüngliches", und das römische Leben nimmt seinen Anfang „in verwilderter Rohheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit".[9]) Daß Recht wäre hiernach gewissermaßen ein Zaum, der einem wilden, unbändigen Thiere angelegt würde, nicht etwas dem Subject selbst eignes, der Staat aber ein Käfig, aus dem das Thier nur entlassen wäre, um unter Aufsicht seines Bändigers bei den Nachbarn zu wüthen und plündern. Ohne in dieser Auffassung ein gewisses Moment der Wahrheit, auf das wir an einer spätern Stelle zurückkommen werden, zu verkennen, — es ist die Anknüpfung des strengen Gesetzlichkeitssinnes an die militärische Disciplin, — müssen wir dennoch dieses der Sage zu Liebe angenommene Emporwachsen des Rechts und Staats aus einem sittlichen Sumpfe heraus entschieden bestreiten. Die römische Sage will den Römern den Ruhm vindiciren, mit Nichts angefangen und Alles aus sich heraus producirt haben; darum existirt beim Beginn der römischen Geschichte keine Nationalität, keine Religion, kein Recht. Das wahre Sachverhältniß aber ist das, daß alles dies bereits vor Rom vorhanden war, und daß sich die Gründer Roms etwa mit Auswanderern vergleichen ließen, die eine Gemeinschaft, in der sie bereits daheim standen, anderwärts

9) S. Hegels Philos. der Geschichte S. 344, 346, 348, 351.

fortſetzen und ihre Familien und ihr Beſitzthum, ihre Religion und ihre Einrichtungen mitbringen. Mochten immerhin noch ſo viele einzelne Individuen nach Rom ziehen, mochte Rom wirklich ein Aſyl ſein, zu dem Verbrecher von weither ihre Zuflucht nahmen: es gab jedenfalls einen feſten Kern der Bevölkerung, einen Stamm, an den ſich jene atomiſtiſchen Beſtandtheile anſchloſſen, und dem ſie ſich aſſimilirten. Dieſer Kern war der Träger der ererbten Einrichtungen, er ſicherte dem Staate und ſeinen Inſtitutionen die Feſtigkeit, die ſie gleich von vornherein genoſſen. Die römiſche Rechts- und Staatsbildung iſt alſo, mit dem Kunſtausdruck bezeichnet, keine primäre, ſondern eine ſecundäre, d. h. ſie erfolgt auf Grundlage und aus den Mitteln bereits vorhandener Bildungen, Rom bringt von vornherein eine hiſtoriſche Mitgift mit. In ſeinem Rechte, in ſeiner Sprache kommen Reminiscenzen einer weit über Rom hinausreichenden Vergangenheit vor, finden ſich, möchte ich ſagen, Spuren eines antediluvianiſchen Syſtems, einer Entwicklung des Rechts, deren Anfänge und Fortgänge längſt vor Rom fallen, und deren Reſultate die Grundlage abgeben, auf der Rom weiter fortbaut. Dieſe hiſtoriſche Mitgift, die Rom bei ſeinem Eintritt in die Welt miterhält, wollen wir jetzt zu beſtimmen, den Weg, den die Rechtsentwicklung zurückgelegt hatte, bevor ſie in Rom anlangte, zu entdecken ſuchen. Wenn die Erinnerung daran ſich auch im Gedächtniß des Volks verloren hat, ſo finden ſich doch, wie bereits im vorigen Paragraphen angegeben, im geiſtigen Beſitzthum der ſpätern Zeit, dem Recht wie der Sprache, noch Ueberbleibſel aus jener frühern Zeit. Auch wir werden gleich der Sage zu den erſten Anfängen des Rechts zurückgehen und mit ihr gleichen Schritt halten, indem wir nämlich an die Stelle jener vier Phaſen in der Bildungsgeſchichte des Rechts, die ſie uns vorführt, dem vorſtaatlichen Treiben der Individuen, der Bildung des Staats, dem Auftreten der Religion, der Annahme des Völkerrechts drei Principe ſetzen werden, nämlich das Princip des ſubjectiven Rechts, jener erſten Phaſe entſprechend, das Princip der Familie

und der Wehrverfaſſung, mit ſeiner ſtaatsbildenden Kraft der zweiten und vierten obigen Phaſe correſpondirend, und ſodann das religiöſe Princip, welches der obigen dritten Phaſe entſpricht.

Die Ausgangspunkte oder die Uranſchauungen und Urelemente des römiſchen Rechts.

Das Minimum geſchichtlicher Anfänge.

> Justitiae initium est ab natura profectum, deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt. postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.
>
> Cic. de invent. III, 53.

IX. Weit, unendlich weit iſt die Kluft, die uns mit unſerer modernen Rechtsauffaſſung von jenen erſten Anfängen der Rechts- und Staatsbildung trennt, zu denen wir jetzt zurückſteigen. Nicht an den Abſtand der Zeit denke ich, obgleich auch er ein gewaltiger iſt, denn jene erſten Anfänge fallen weit über Rom hinaus, ſondern ich meine den Gegenſatz in der Rechtsanſchauung, und dieſer iſt ein ſo bedeutender, daß es uns Mühe koſtet, uns ganz in die der Kindheitszeit des Rechts hineinzudenken und ſie begreiflich und natürlich zu finden. Nur zu leicht vergeſſen wir, daß das, was uns vom Standpunkt der heutigen Zeit aus als *natürlich* und *vernünftig* erſcheint, das Product eines langen und mühſamen Prozeſſes iſt. Ohne die Kenntniß der Geſchichte würden wir nicht wiſſen, daß Rechtsanſchauungen, die der unhiſtoriſchen Betrachtung, dem naiven Urtheil ſo gern als ewiges Eigenthum der menſchlichen Vernunft gelten, in der That nichts ſind als Reſultate jenes Prozeſſes. Und es ſind dies gerade ſolche, die in der heutigen Zeit im Niedrigſten wie im Höchſten lebendig und das Gemeingut aller civiliſirten

Völker geworden sind. Daß der Mensch als solcher, nicht bloß der Bürger, Rechtssubject ist, daß die Kriegsgefangenschaft keine Sklaverei begründet, daß die Selbsthülfe der Rechtsordnung widerstreitet, daß der Staat etwas Anderes, Höheres ist als die Summe der Individuen, andere Aufgaben und andere Mittel hat als die, welche letzteren zukommen, vor allem aber die Aufgabe, Recht und Gerechtigkeit bis in die kleinsten Kreise hinein zu verwirklichen — diese Sätze sind unserer heutigen Auffassung so zu eigen geworden, daß wir kaum begreifen, wie hinsichtlich ihrer je eine Abweichung möglich gewesen ist. Darin aber offenbart sich so recht der riesige Fortschritt der Geschichte, daß die folgenreichsten Wahrheiten, zu denen sich in früherer Zeit kaum der kühnste Flug hervorragender Geister erhob, aus jener, möchte ich sagen, Schnee- und Eisregion, in der sie Jahrtausende unzugänglich und verborgen lagen, in die tiefsten Niederungen hinabgewälzt und in dem Maße Gemeingut der Gebildeten wie der Ungebildeten geworden sind, daß Niemand in ihnen etwas Besonderes findet. Um diese einfachen Wahrheiten zu finden und zur Geltung zu bringen, dazu hat es einer mühsameren Anstrengung, eines gewaltigeren Ringens des menschlichen Geistes bedurft, als alle Entdeckungen und Erfindungen bis auf die heutige Zeit hinab ihn gekostet haben. Der Gedanke, daß der Mensch frei sei, ist schwieriger zu finden gewesen, als der, daß die Erde sich um die Sonne bewege, für ersteren läßt sich kein Copernikus nennen. Nicht als ob die Geschichte seinen Namen vergessen hätte; die großen moralischen Entdeckungen sind keinem einzelnen Geiste beschieden, sondern die langsam reifende Frucht des Lebens und Denkens ganzer Nationen. Wollte man die Fortschritte zusammenstellen, die unsere heutige Zeit vor den ersten Anfängen der Cultur oder auch nur vor der Cultur des Alterthums voraus hat: in meinen Augen verdienten jene einfachen Wahrheiten obenanzustehn. Alle Schätze der Wissenschaft kommen gegen den Werth solcher dem Volke eingeimpfter und darum unvergänglicher und das Leben gestaltender Wahrheiten von ferne nicht in Betracht. Die Wissenschaft kann

steigen und fallen, und mit ihr gehen die Schätze, die sie angesammelt hat, zunächst verloren, aber jene Wahrheiten dauern fort als unvergängliches Eigenthum der Menschheit. Der obige Satz, daß der Mensch als solcher frei ist, — ein Satz, zu dem das römische Recht sich praktisch niemals erhoben hat — wiegt für die Menschheit mehr als alle Triumphe der Industrie, und dieser eine Satz bezeichnet einen Fortschritt des heutigen Rechts gegenüber dem römischen, gegen den die Ueberlegenheit des letztern rücksichtlich seiner technischen Vollendung völlig in den Schatten tritt. Bevor die Geschichte diesen Satz verwirklichte, mußte sie Jahrtausende arbeiten, mußten Millionen Menschen in Sklaverei seufzen, mußten, wie noch wiederum in jüngster Vergangenheit in Nordamerika, Ströme Bluts fließen.

Die Geschichte beginnt mit unendlich schwachen Keimen. Der Bildung des Staats ist vorausgegangen eine Gemeinschaft der Individuen, die Verbindung derselben in Form der Familie oder des Stammes, auf welche der Name Staat sich nicht anwenden läßt. Und doch ist diese Gemeinschaft zweifellos der Keim des spätern Staats und Rechts gewesen, und es muß sich, da die Geschichte sowenig wie die Natur Sprünge kennt, der Staat allmählig aus ihr entwickelt haben. Wie ist dies geschehen? Die heutige Wissenschaft scheint uns diese Frage zu verwehren, denn Recht und Geschichte beginnt für sie erst mit dem Staat. Ihr zufolge müßten wir uns also bescheiden, den römischen Staat und das römische Recht als fertige Thatsachen entgegenzunehmen, und wir brauchten oder richtiger wir dürften gar nicht die Frage aufwerfen, wie sich beide aus jenem Keim entwickelt haben. Und allerdings: ließe sich diese nur mit vagen Muthmaßungen beantworten, deutete keine Spur den Weg an, den die Geschichte, um vom Individuum und von der Familie zum Staat zu gelangen, zurückgelegt hat, dann wäre die Abweisung jener Frage durchaus gerechtfertigt. Wenn es sich aber entgegengesetzt verhält — und ich glaube, daß dies hinsichtlich des römischen Rechts der Fall ist — warum mit einem solchen Axiom der Wißbegierde entgegen-

treten, warum nicht die Gelegenheit benutzen, die Wurzeln des Baumes, die ein glücklicher Zufall entblößt hat, kennen zu lernen? Wenn Recht und Staat nicht im Individuum ihren innerlichen Grund hätten, wenn nicht schon jede vorstaatliche Gemeinschaft der Familien und Geschlechter eine rechts- und staatsbildende Kraft in sich trüge: woher wäre denn Recht und Staat in die Welt gekommen? Können wir also dieses Hervorgehen des Rechts und Staats aus jener Gemeinschaft irgendwie noch erkennen: warum unsere Augen verschließen? Und wo wir sie nicht mehr erkennen können: warum uns da nicht bewußt werden, wie weit Staat und Recht hier von jenem Ausgangspunkt sich bereits entfernt haben? Ich meine, daß jede Rechtsgeschichte damit beginnen sollte sich dieser Entfernung bewußt zu werden und zu versuchen, ob sie noch die Verbindungslinie zwischen Staat und Recht, wie sie ihr in der Geschichte zuerst entgegentreten, auf der einen Seite und dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen auf der andern Seite erkennen kann; nicht mit der Idee ans Werk gehn, daß nur der fertige Staat sie interessiren dürfe, sondern mit der Idee, daß es irgend einmal keinen Staat gegeben habe.

Mit dieser Idee wollen wir an unsere Aufgabe treten, also hinsichtlich des ältesten römischen Staats und Rechts uns bewußt zu werden suchen, wie weit sie sich bereits von jenem absoluten Ausgangspunkt der Geschichte, dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen entfernt haben, und in welchen Punkten der historisch erkennbare Zustand noch die Spuren dieses Ausgangspunktes an sich trägt. Mögen uns dabei Mißgriffe unvermeidlich sein: ich halte es für richtiger und lehrreicher von der Voraussetzung auszugehen, daß die Geschichte mit unendlich wenig angefangen habe, und demgemäß den Versuch zu machen, die ersten Gebilde, die sie unsern Blicken enthüllt, an ein sittliches Minimum anzuknüpfen, als sich mit der gegebenen Thatsache des Staats und Rechts zu beruhigen und unter dem Einfluß einer gereiften Rechts- und Staatsverfassung den recht-

lichen Gehalt jener Bildungen zu überſchätzen — ein Fehler, den man ſich dem älteren römiſchen Recht gegenüber vielfältig hat zu Schulden kommen laſſen.

Den Stoff, den die Geſchichte uns hinſichtlich des älteſten römiſchen Rechts darbietet, ordne ich nach drei Geſichtspunkten oder Principien und werde verſuchen Rechenſchaft darüber zu geben, was jedes derſelben zu dem Bau der römiſchen ſittlichen Welt beigeſteuert hat. Es ſind dies jene bereits im vorigen Paragraphen erwähnten Principien, nämlich:

I. Das des ſubjectiven Willens, beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund ſeines Rechts in ſich ſelber, in ſeinem Rechtsgefühl und ſeiner Thatkraft trägt und hinſichtlich der Verwirklichung deſſelben auf ſich ſelbſt und ſeine eigne Kraft angewieſen iſt.

II. Das ſtaatsbildende Princip und als Ausflüſſe deſſelben die Gemeinſchaft auf Grundlage der Familienverbindung und der Einfluß der Wehrverfaſſung auf die Gemeinſchaft.

III. Das religiöſe Princip mit ſeinem Einfluß auf Recht und Staat.

Dieſe drei Principien folgen ſich hinſichtlich ihrer ſittlichen Gradation in der hier gewählten Reihenfolge; eine entſprechende zeitliche Reihenfolge derſelben ſoll damit durchaus nicht prädicirt ſein.[9a]) Im Intereſſe der leichteren Erkenntniß der Tragweite eines jeden dieſer drei elementaren Factoren wird es jedoch verſtattet ſein, bei der Betrachtung ſie in der Weiſe zu iſoliren, als ſeien ſie hintereinander aufgetreten, ihnen ſo zu ſagen Gelegenheit zu geben zu zeigen, wie weit ſie es für ſich allein hätten bringen können, und wo mithin der Punkt liegt, bei dem der niedere Gedanke ſich erſchöpft hat und der höhere einſetzt.

9a) Ich halte es für nöthig dieſe Bemerkung um ſo mehr zu betonen, als man ſie bei der Beurtheilung des folgenden Verſuchs außer Acht gelaſſen hat, ſo z. B. Walter Röm. Rechts-G. Aufl. 3, I §. 18 Anm. 1.

I. Das Princip des ſubjectiven Willens der Urquell des römiſchen Privatrechts.

A. Begründung der Rechte durch perſönliche Thatkraft.

Der thatkräftige ſubjective Wille in ſeiner Richtung auf Begründung des Rechts — das Recht der Beute — Vorliebe der römiſchen Rechtsanſicht für originäre Erwerbungsarten.

Se in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse. Liv. V, 36.

X. Wo hätte es ein Recht gegeben, das nicht aus der Thatkraft der Individuen hervorgegangen wäre, und deſſen Urſprünge ſich nicht in den dunkeln Hintergrund der phyſiſchen Gewalt verlören? Aber bei manchen Völkern iſt jene Periode der Thatkraft und der gewaltſamen Bildung des Rechts der nationalen Erinnerung völlig abhanden gekommen, und ihre Tradition weiß nichts mehr zu berichten von den Ahnherren des Volks, die mit der Gewalt des Arms die Rechtswelt gründeten, ſondern nur von Göttern oder Dienern Gottes, die das Recht den Menſchen ſchenkten oder ihnen als Satzung auferlegten. Der menſchliche Schweiß und das Blut, das dem Urſprung des Rechts anklebt, iſt verdeckt durch den Nimbus göttlicher Entſtehung.

Anders im römiſchen Recht; jene Schweiß- und Blutflecke menſchlicher Arbeit, die ihm anhaften, hat keine Zeit vernichten können; der Satz, daß die perſönliche Thatkraft die Quelle des Rechts ſei, iſt eine der Initialen der römiſchen Rechtsgeſchichte.

Perſönliche Thatkraft die Quelle des Rechts — für uns faſt ein unverſtändliches Wort! Gewohnt, dem Staate Alles in die Hand zu legen, das Recht als den Willen des Staates zu definiren und die Verwirklichung deſſelben ihm zu überlaſſen, kennen wir für das Recht die perſönliche Thatkraft kaum, und wo ſie ohne Autoriſation des Staats ſich geltend machen will, verpönen und verfolgen wir ſie als Eingriff in die Rechtsordnung. Aber

ſo weit in unſern Augen Gewalt und Recht von einander liegen, ſo weit iſt unſere heutige Auffaſſung dieſer beiden Begriffe von der altrömiſchen entfernt, und wir müſſen unſere ganze heutige Vorſtellungsweiſe von Staat und Rechtsordnung daheim laſſen, wenn wir altrömiſchen Grund und Boden betreten.

Iſt denn unſere ſtrenge Scheidung von Recht und Gewalt in der That eine richtige, gibt es nicht auch heutzutage Gebiete, in denen beide Hand in Hand gehn? In den kleinen Kreiſen des bürgerlichen Lebens haben wir der Gewalt den Krieg erklärt, und wenn ſie heutzutage nur noch ſchüchtern und verſtohlen ſich hier blicken laſſen darf, ahnen wir nicht, daß ihr einſt auf dieſem Gebiete die ausgedehnteſte Herrſchaft zuſtand. Aber zurückgedrängt aus dieſen Niederungen des Privatlebens flüchtet ſich die Gewalt auf jene Höhen, auf denen die Weltgeſchichte arbeitet. Wenn ein unterdrücktes Volk ſich ſeines Tyrannen entledigt, wenn die Staatsgewalt das im Zuſtande der höchſten Erſchlaffung ihr von der unverſtändigen Maſſe aufgelegte Joch einer verderblichen Verfaſſung von ſich wirft, wenn das Schwert des Eroberers einen morſchen Staat zertrümmert und dem beſiegten Volke Geſetze auferlegt — — was antwortet darauf unſere Theorie von Recht und Gewalt? Sie erkennt die Aenderung als vollendete Thatſache, als rettende That an, d. h. ſie kann dem Geſtändniß nicht ausweichen, daß doch die Thatkraft als ſolche Recht tilgen und ſchaffen kann. Die Geſchichte mit ihren gigantiſchen, naturkraftartig wirkenden Mächten läßt ſich nicht durch unſer theoretiſches Spinnengewebe feſſeln; wenn ſie unruhig wird, zerreißt ſie es mit einem Schlage an allen Stellen und überläßt der Theorie die Mühe, es in Anſchluß an die veränderte Geſtalt der Welt wieder zuſammen zu knüpfen.

Und, wie nun? Sehen wir noch heutzutage, daß die Thatkraft das Recht gebiert, welche andere Mutter als ſie ſollte das Recht am Anfang der Geſchichte gehabt haben? Werfen wir aber darum beide nicht zuſammen, ſagen wir nicht, daß ſtatt des Rechts die Gewalt regiert habe. Auch das Recht war da, wenn

auch in ganz anderer Weise als heutzutage; nicht nämlich als eine objective Macht, die sich durch sich selbst verwirklicht, sondern als innerliche, als subjectives Rechtsgefühl. Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Theile der Person selbst und verdoppelte damit die Kraft, mit der es behauptet ward. Der erste Ansatz des Rechtsgefühls ist das Gefühl der eignen Berechtigung, gestützt auf die Bewährung der eignen Kraft und gerichtet auf die Behauptung der Früchte derselben. Was der Mensch mit Schweiß oder Blut gewonnen, das will er behalten. Dies Gefühl involvirt begrifflich freilich auch die Anerkennung des fremden Rechts, aber praktisch entwickelt sich die Achtung vor dem Rechte Anderer nur sehr mühsam und allmählig. Ursprünglich ist sie auf den engen Kreis der Genossen beschränkt; wer draußen steht, ist rechtlos, gegen ihn mag man der Gewalt völlig freien Lauf lassen, die Uebermacht begründet das Recht. Auch gegen die Genossen ist Gewalt erlaubt, sobald sie die Person oder den Besitz des andern kränken; durch Selbsthülfe verschafft man sich das Verlorne wieder, ist dies aber unmöglich, so kühlt man wenigstens die Rachlust.

Dies sind die Umrisse einer rohen Rechtsanschauung, von der die Römer oder ihre Vorfahren nicht bloß einmal ausgegangen sind, um sie dann zu vergessen, sondern die wenn auch in verfeinerter und veredelter Gestalt sich stets bei ihnen erhielt. Der persönlichen Thatkraft gehört die Welt, in sich selbst trägt der Einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß er es schützen, das ist die Quintessenz altrömischer Lebensanschauung, wie wir jetzt an den Spuren, die das Recht, die Mythe und Etymologie uns aufbewahrt haben, näher nachweisen wollen. [10])

Mit dem Schwerte ist die römische Welt gegründet, und das

10) Im Folgenden habe ich auf Grund der Bemerkungen von L. Lange in seiner oben angeführten Recension der ersten Auflage dieses Bandes verschiedene bedenkliche oder unrichtige etymologische Argumente beseitigt.

Schwert oder der Speer ist das älteste Symbol des römischen Rechts. Nicht die Götter gaben den Römern ihre erste Ausstattung, wie der Gott Israels den Juden das gelobte Land verlieh, nicht Kauf und List wurden angewandt, wie einst von Dido bei der Gründung Karthagos; — die Römer haben kein „abgeleitetes" Eigenthum im Sinne der Rechtssprache, abgeleitet von Gott oder andern Menschen, sondern sie haben ein „ursprüngliches", bei dem der Eigenthümer sein eigner Auctor ist, sie haben es sich genommen, wo sie es fanden.

Der Erwerb des Römers bestand im capere, Eigenthum ist ihm, was er mit der Hand genommen hat, manu-captum, mancipium, er selber ist der „Nehmende": herus; [11]) Eigenthum übertragen wird nicht, wie in späterer Zeit, durch Hingabe (trans-datio, traditio), sondern wo ein Römer dem andern Eigenthum überläßt, wird dies in alter Zeit der Form wie der Sache nach aufgefaßt als einseitiges Nehmen des Erwerbers (mancipatio, manu capere).

Nehmen ist das der römischen Vorstellungsweise allein Entsprechende, und die lateinische Sprache ist bei ihrer sonstigen Armuth doch reich an Ausdrücken, die ursprünglich diese Bedeutung gehabt haben. Emere heißt im späteren Latein kaufen, aber wo die Römer der spätern Zeit kauften, pflegten ihre Vorfahren zu nehmen; denn das war die ursprüngliche Bedeutung von emere. [12]) Rapere (das deutsche rauben, gothisch raubon) hat im spätern Latein die deutsche Bedeutung, und rapina erscheint hier als

---

11) Vom Sanskr. hr nehmen, woher auch χείρ. Lange a. a. O. Dominus leitet derselbe von do (mit dem Suffix minus wie bei femina, ter-minus) ab. Ein weiteres Argument für die Ableitung der Rechtsbegriffe aus dem der Gewalt findet er in dem Wort potestas.

12) Festus sub voc. Abemito significat demito vel auferto; emere enim antiqui dicebant pro accipere; ebenso sub voc. Redemptores. S. auch Pott a. a. O. B. 1 S. 261. Die ursprüngliche Bedeutung hat sich noch in Zusammensetzungen erhalten z. B. adimere (ademere), zu sich nehmen.

Delict, allein in alter Zeit kannte man ein eigenes Delict des Raubes nicht, [13]) und rapere hieß nichts als reißen, gewaltsam an sich ziehen, ohne daß die Sprache die Nüancirung des Unerlaubten hineingelegt hätte. Ebensowenig unterscheidet die Sprache zwischen dem Fall, wo man mühelos eine herrenlose Sache zu sich nimmt, und dem, wo man sie erbeutet; beides heißt occupare. Von diesen drei Stammwörtern emere, capere und rapere hat die lateinische Sprache einen großen Reichthum abgeleiteter und zusammengesetzter Wörter gebildet, deren Bedeutungen späterhin weit auseinander fallen; aber um so bezeichnender ist die ursprüngliche Identität aller dieser Bedeutungen in dem Begriffe des Nehmens.

Der Hauptfall der gewaltsamen Aneignung war der der kriegerischen Erbeutung, letztere ward, wie Gajus uns berichtet, [14]) als die beste Erwerbsart des Eigenthums angesehn, maxime, sagt er, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Raub vom Feinde hat von jeher bei allen jugendlichen, kriegerischen Völkern als ehrenvoller Erwerb gegolten; „noch heutzutage ist bei den arabischen Nomadenstämmen das Wort: Räuber ein Ehrennahme" (Roscher) und nach altgriechischer und altnordischer Ansicht war Seeraub ein anständiges Gewerbe, aber den Handel verachtete man, denn mit ihm verträgt sich Feigheit und Betrug, wie ja Mercur zugleich der Gott des Handels und der Diebe ist. Jene Mittheilung von Gajus ist wohl nichts weiter als ein Schluß, den er selbst macht, allein sie ist doch insofern nicht ohne Gewicht, als hier ein römischer Jurist, dem für die Kenntniß des ältern Rechts ganz andere Materialien zu Gebote standen als uns, in ihm die obige Anschauung ausgeprägt fand. Ob der etymologische Ursprung des Wortes praedium nicht ebenfalls auf die Vorstellung des Nehmens zurückzuführen ist, stehe dahin;

13) Raub fiel unter den Begriff des Diebstahls, nämlich des furtum manifestum.

14) Gaj. IV. §. 16.

die Verwandtschaft mit praeda läßt sich nicht verkennen. [15]) Es lag nahe die Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi mit der kriegerischen Erbeutung in Beziehung zu setzen; [16]) die res mancipi, bei denen nur mancipatio oder ein sonstiger civilrechtlicher Erwerbungsact Eigenthum übertrug, sollen die Sachen gewesen sein, welche die Römer bei ihren Raubzügen mit fort zu schleppen pflegten. Ich halte jedoch diese Ansicht, die ich früher selber gebilligt habe, nicht für richtig, muß es jedoch einer spätern Stelle vorbehalten meinen Widerspruch zu begründen. Die mancipatio beruht unzweifelhaft auf der Idee, daß der Accent der Eigenthumsübertragung auf der Thätigkeit des Empfängers, auf seinem Nehmen, nicht auf der Hingabe von Seiten des Gebers beruhe, allein der Raub vom Feinde ist in ihr durch nichts signalisirt.

Die Idee, daß das Nehmen die rechte Entstehung der rechtlichen Herrschaft sei, spricht sich auch anderwärts aus. Zuerst bei der römischen Hochzeit. Hier ward die Braut vom Manne aus dem Schooße der Ihrigen geraubt: wie Festus [17]) naiv hinzufügt, darum, weil dies dem Romulus glücklich von Statten gegangen sei. Die Sage vom Raube der Sabinerinnen ist aber vielleicht eher die Wirkung als die Ursache dieser Sitte. Der

---

15) Ueber praeda, zusammengezogen aus prae-bida von prae hendere, prendere, Wurzel hed s. Pott a. a. O. 1 S. 142, 199. Praedium anstatt mit praeda (wie schon die Römer, Gromat. veter. ed. Lachmann I p. 369: quod antiqui agros quos bello ceperant ut praedae nomine habebant) mit praes, dem Bürgen, zusammen bringen zu wollen, nämlich als Sicherungsobject, heißt die Frage nur verändern, nicht sie lösen. Denn auch praes hängt mit jener Wurzel zusammen, es ist der, welcher etwas auf sich nimmt. Rivier Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque Berlin 1863 S. 14 will praes von prae-vas ableiten; wie praeda und praedium sich dabei einordnen solle, darüber erklärt er sich nicht, den Zusammenhang der beiden letztern untereinander erkennt er S. 30 an.

16) Puchta Cursus der Institutionen B. 2. §. 238.

17) Sub voc. rapi.

zweite Gebrauch war religiöser Art. Wo die Menschen rauben und im Raube die Wurzel des Eigenthums erblicken, da müssen auch die Götter durch Raub sich ihre Diener verschaffen. So wurden denn die vestalischen Jungfrauen [17a]) und der flamen Dialis geraubt (capiuntur); ob nur sie und, wenn dies der Fall, warum nur sie, steht dahin.

Das Symbol des Eigenthums war der Speer. Wo es sich in Rom um einen öffentlichen Eigenthumsakt handelte, ward dies durch Aufstecken des Speeres kund gegeben, so z. B. beim Centumviralgericht, das vorzugsweise über ächt römisches Eigen erkannte, so ferner bei öffentlichen Verkäufen (sub hasta vendere), [18]) von welcher Sitte sich der in unsere heutige Geschäftssprache übertragene Ausdruck „subhastiren" herschreibt. Bei der Freilassung der Sklaven vor dem Prätor erscheint gleichfalls der Speer, später statt dessen ein Stab, in officieller Sprache vindicta; dies führt uns aber schon zu der Vindication, von der erst unten die Rede sein kann. Auch das Hochzeitsceremoniel kennt den Speer. Der Bräutigam pflegte der Braut bei der Vermählung mit einem Speere (coelibaris hasta [19]) das Haar zu scheiteln, und Festus, der uns diese Notiz aufbewahrt hat, führt neben andern Erklärungen auch die an, daß der Speer das höchste Zeichen der Macht sei („summa armorum et imperii"), wodurch der Braut habe angedeutet werden sollen, daß sie fortan gänzlich der Gewalt des Mannes unterworfen sei. Nach neuern Untersuchungen dürfte es jedoch wohl außer Zweifel stehn, daß diese Deutung eine unrichtige ist. [19a])

17a) Gell. 1, 12 §. 13: pontificis maximi manu prehensa ab eo parente, in cujus potestate est, veluti bello capta abducitur.

18) Daher hasta auch noch in späterer Zeit kurzweg für Auction z. B. fiscalis hastae fides. Auch auf öffentliche Verpachtungen wird der Ausdruck hasta angewandt z. B. Livius 39, 44 submotis ab hasta.

19) S. Festus sub hac voce.

19a) Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe. Stuttgart 1853 S. 290. Der Speer diente ursprünglich zum Schneiden des Haars und erhält sich als reſiduäre Form. II, 538.

Daß die Menschen den Göttern das höchste Symbol der Herrschaft nicht versagt haben werden, liegt zu sehr auf der Hand, als daß uns die Notiz,[20]) die Römer hätten in ältester Zeit alle Götter unter der Gestalt der Lanze verehrt, Wunder nehmen könnte. In späterer Zeit wird die Lanze aus einem Symbol ein Attribut der Götter und zwar in ihrer ältesten Gestalt als hasta pura, d. h. als Lanze ohne Eisenspitze.[21])

Wo physische Kraft den Erwerb vermittelt, da spielt natürlich die Hand als Instrument derselben eine Hauptrolle; kämpfen ist: „handgemein werden", „manum conserere", angreifen: „Hand-anlegen" „manum injicere", „manus injectio", die rechtliche Herrschaft selber wird nach der Hand, die sie thatkräftig begründet hat und behauptet, als manus bezeichnet.[21a]) Im spätern Recht hat dieser Ausdruck im technischen Gebrauch sich zwar auf eine Art der Herrschaft, die über die Ehefrau zurückgezogen, allein aus den Zusammensetzungen des Wortes, die noch im spätern Recht in Uebung geblieben sind, ergibt sich die frühere generelle Bedeutung desselben.[21b])

Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts, das ist das Resultat der bisherigen Ausführung. In diesem Satz liegt die uranfängliche Lebensanschauung und der kriegerische Sinn des Volkes klar ausgesprochen, liegt ein Stück vorrömischer Geschichte. Die Etymologie gewährt uns dafür noch

---

20) Justin 43, 23.

21) „Die Kriegslanze war ursprünglich nicht mit Eisen versehen, sondern nur eine hasta praeusta, welche durch Feuer zugespitzt war. Es hat sich im Bewußtsein der italischen Völkerschaften erhalten, daß diese Waffe einst bei der Kriegsführung gebraucht worden ist, wenn sie zur Ankündigung des Krieges von den Fetialen in das Gebiet der Feinde geschleudert, und wenn dem Krieger als Zeichen der Anerkennung seiner Tapferkeit eine hasta pura überreicht wird." Roßbach a. a. O. S. 291. Es verhält sich damit ebenso, wie mit dem Fall in Note 19a.

21a) Von manus stammt auch manubiae: der Erlös der Beute. Gell. 13, 24.

21b) Das Nähere §. 32.

manche anderweite Unterstützung. Wie die lateinische Sprache das Grundstück nicht nach der so offenbar vorwiegenden Eigenschaft der Unbeweglichkeit, sondern als Gegenstand der Beute bezeichnet, so benennt sie auch den Mann nicht nach seinem Geschlecht, sondern nach seinem kriegerischen Beruf. Der Sanskritausdruck für Mann ist nri und nara,[22]) und die griechische Sprache hat in ihrem ἀνήρ denselben beibehalten, die lateinische hingegen läßt ihn fallen und wählt dafür das Wort vira (vir), welches im Sanskrit Krieger, Held bedeutet, d. h. die römischen Männer charakterisiren sich nicht durch ihr Geschlecht, sondern durch ihren kriegerischen Beruf. Die römische Tugend, vir–tus, ist also ihrem ursprünglichen Sinn nach der Besitz der Männlichkeit, d. h. kriegerischer Tüchtigkeit. Mit vir hängt dem Wortlaut und dieser altrömischen Auffassungsweise nach vis, die Kraft, Gewalt zu nahe zusammen, als daß man nicht auf eine ursprüngliche etymologische Verwandtschaft schließen müßte.[23]) Ein Krieger, vir, mit der hasta seine vis bewährend und Personen und Sachen in seine manus bringend, wäre der persönliche Ausdruck der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen. Der Name des Volks, Quir*i*tes hängt nach gangbarer Ableitung gleichfalls hiermit zusammen. Quiris, curis ist die altsabinische Lanze,[23a]) die Quiriten also sind die Lanzenträger. Ueber die Ableitung von quiris möge mir erlaubt sein, eine Vermuthung zu äußern. Eine namhafte Auctorität[24]) stellt die Abstammung der Wörter curia, decuria u. s. w. von com–viria, decem–viria als möglich hin. Curia ist hiernach also die Männergemeinschaft, Mannschaft, sowie

---

22) Pott a. a. O. 1 S. 106.

23) Der Zusammenhang von vis und vir ist etymologisch möglich, denn das r des letzteren Wortes findet sich bei jenem noch im Plural. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 205, dem der Wegfall des r im Singular freilich nicht unbedenklich erscheint. S. jedoch die Bemerkungen von Lange a. a. O. S. 42.

23a) Macrob. Sat. I, 9: ab hasta, quam Sabini curim vocant.

24) Pott a. a. O. 1. S. 123.

decuria, centuria hatte eine militärische Bedeutung, ähnlich wie unser „Mannschaft"; es bezeichnete eine Heeresabtheilung, worüber im §. 17 ein näheres. Curia aber und curis oder quiris (cu- und qui- wechseln bekanntlich oft mit einander) stehen sich zu nahe, als daß man nicht eine ursprüngliche Verwandtschaft annehmen möchte. Ist nun curia von com-viria, Mannschaft abgeleitet, so würde — jene Verwandtschaft angenommen — von diesem Worte curis abstammen, und zwar in dem Sinn „das, was der curia eigen ist", das ist aber der kriegerische Speer in seiner dienstmäßigen, allen gemeinsamen Gestalt.[25]) Quirites wären dann also die Träger dieser Lanze, und jene unvermeidliche Lanze, die wir bereits bei Göttern wie Menschen, bei Hochzeiten wie Verkäufen, Freilassungen wie Gerichtssitzungen getrof-

---

25) Man wende mir nicht ein, es sei abnorm, daß die Sprache den Speer nach der Mannschaft benannt haben sollte. Nicht die bloße hasta ist darnach benannt, sondern die hasta curiae, die hasta quiris d. h. der Speer wie er eben der ganzen Curie gemeinsam, also dienstmäßig ist. Auf eine Analogie der deutschen Sprache hat mich Müllenhoff aufmerksam gemacht. Die „Kunkel" (chonacla, kunkela, cuncla), das Symbol der Frau, ist gebildet von quena oder konâ (γυνή), Frau, warum nicht das Zeichen der „Mannschaft" curis von der „Mannschaft", curia selbst? — Der obigen Ansicht, welche die Pott'sche Ableitung der curia von com-viria zu ihrer Grundlage hat, ist von Lange a. a. O. ein entschiedener Widerstand entgegengesetzt (s. auch dessen röm. Alterth. B. 1 S. 80 [Aufl. 2]). Derselbe leitet curia von der Wurzel κυρ, κοιρ (κυρία) coer (coerare = curare) d. i. coir, quir mit der Bedeutung der „endgiltigen Entscheidung" ab, und es läßt sich nicht läugnen, daß diese Ableitung zu dem officiellen Gebrauch des Worts Quirites (Mitglieder der Curia) als die Bürger im Gegensatz der Soldaten und zu den sonstigen Argumenten, die Lange anführt („Quirinus repräsentirt die bürgerliche Thätigkeit des populus Romanus Quiritium, wie Mars die kriegerische; Zusammenhang der Juno Quiritis mit den Curien, in deren jeder sie einen Altar hatte") ungleich besser stimmt, als die gangbare, welche die Bürger zu Soldaten stempelt. Corssen (bei Lange Alterth. a. a. O.) leitet curia von covisia (von der skr. Wurzel vas wohnen) ab, und diese Ableitung empfiehlt sich dadurch, daß sie die Verbindung der Worte decuria und centuria mit dem Grundbegriffe der curia ermöglicht, woran es die Lange'sche Etymologie fehlen läßt.

fen haben, würde freilich nirgends beſſer am Platz ſein als im Namen dieſes lanzenſüchtigen Volkes ſelbſt. Noch einmal (§. 12) wird ſie uns begegnen, aber nicht mit der Beſtimmung, um Rechte zu begründen, ſondern um ſie zu wahren.

Bisher betrachteten wir die phyſiſche Kraft in einer Qualität, in der ſie ſich nur dem Feinde gegenüber praktiſch erwies, nämlich in der als die primitive Begründerin des Eigenthums. Es iſt das Recht der Beute, an dem der römiſche Eigenthumsbegriff ſich zuerſt zeigt, und an den auch die friedliche, vertragsmäßige Erweiterung deſſelben anknüpft. Was Jemand dem Feinde abgeſtritten, gebührt ihm als Kampfpreis, iſt ſein eigen; die phyſiſche Kraft kehrt heim mit dem Begriffe des Rechts, der Gegenſtand, an dem ſie ſich bethätigt hat, iſt für die Genoſſen kein Object der Beute, ſondern rechtlich unantaſtbar, wie die Perſon ſelbſt. Darin liegt eben der Begriff des Beuterechts; es wäre negirt, wenn es ſich anders verhielte. An dieſe der Zeit und dem Begriff nach erſte, originäre Erwerbungsart lehnen ſich die derivativen an. Unſerer heutigen Auffaſſung erſcheint der Vertrag als eine ſo natürliche Begründungsart von Rechtsverhältniſſen, daß wir keinen Anſtand nehmen, dieſe Auffaſſung auch den Römern unterzulegen, allein ich halte das für grundfalſch, wie ich im zweiten Syſtem ausführlicher nachzuweiſen gedenke. An dieſer Stelle genügt die Bemerkung, daß die Uebertragung des Eigenthums durch Vertrag im älteſten Recht nicht als ſolche Kraft und Gültigkeit hatte, ſondern dadurch, daß ſie ſich der Idee des Beuterechts accommodirte. Eigenthum iſt urſprünglich nichts als Recht am erbeuteten Gegenſtand, entſteht mithin nur durch Erbeutung. Wenn alſo Jemand, anſtatt ſich die Sache, deren er bedarf, vom Feinde zu holen, einen Genoſſen darum angeht, und dieſer ſie ihm nicht bloß zum Beſitz, ſondern als Eigenthum d. h. als „ſein nach dem Recht der Beute“ übertragen will, ſo kann dies nur in der Weiſe geſchehen, daß letzterer ſie ſich entreißen läßt, der neue

Innehaber also als „der, welcher die Sache erbeutet hat“ d. h. als Eigenthümer erscheint.

Wir wenden uns jetzt der Gewalt zu in ihrer Richtung auf den Schutz, die Verwirklichung des Rechts.

B. Das System der Selbsthülfe.

1. Allgemeine Betrachtung.

Beginn des Rechts mit der Selbsthülfe — Die Gewalt im Dienste des Rechts — Relevanz des Unterschiedes zwischen zweifellosen und zweifelhaften Ansprüchen — Ununterschiedenheit der verschiedenen Arten des Unrechts.

> Neque enim qui est in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; iccirco nec actio ei a veteribus prodita est l. 17 pr. de furt. (47. 2).

XI. Die ersten unausbleiblichen Regungen des verletzten Rechtsgefühls bestehen in der gewaltsamen Reaction gegen das zugefügte Unrecht, in Selbsthülfe und Rache. Mit Selbsthülfe und Rache, dieser Art der wilden Gerechtigkeit, wie Baco von Verulam sich ausdrückt, hat ein jedes Recht begonnen. Nach unserer heutigen Auffassung aber ist dieser Anfang nichts als das vorstaatliche Chaos, in dem Recht und Gewalt sich noch nicht gesondert haben, und von Recht noch keine Rede sein kann. Letzteres soll erst entstehen, wenn der Staat jene Aufwallungen des subjectiven Rechtsgefühls bezwungen und Organe zur Verwirklichung des Rechts hervor getrieben hat. Die Entstehung des Rechts datirt nach unserer heutigen Auffassung erst von der des Richteramts an. Rechtsordnung und Rechtshandhabung von Seiten des Staats sind ihre synonyme Begriffe.

Diese Auffassung ist erklärlich vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsordnung aus, aber sie unterschätzt die Stärke und Wirksamkeit der natürlichen Organisationskraft der Rechtsidee.

Das Wesentliche im Begriff der Rechtsordnung ist die gesicherte und constante Verwirklichung des Rechts, verkehrt ist es aber zu glauben, als ob diese Verwirklichung lediglich durch den Staat und seine Behörden, nicht aber wenngleich in unvollkommnerer Weise durch die unmittelbare Macht des Lebens erfolgen könne. Ursprünglich hat jedes Bedürfniß des Lebens sich durch das Leben befriedigt. Bevor eine gesteigerte Entwicklung nach und nach besondere Organe für die verschiedenen Aufgaben und Interessen der Gemeinschaft ausgeschieden hatte, waren letztere nicht dem Zufall Preis gegeben, sondern die natürliche Selbsthülfe oder Heilkraft des Lebens half sich selber. Wir haben es erleben müssen, daß man an den Staat die abentheuerliche Anforderung einer „Organisation der Arbeit" gestellt hat, aber so sehr man heutzutage auch mit der Idee eines Organisirens von Staatswegen vertraut ist, so hat man doch jene äußerste Consequenz dieser Idee zurückgewiesen und die Antwort ertheilt: die Arbeit organisirt sich selbst, der Staat kann und soll sich nicht hineinmischen. Wie, wenn nun zu irgend einer Zeit auch die Justiz sich ohne Zuthun des Staats von selbst organisirt hätte, wenn der Staat den Individuen damals so wenig hätte behülflich zu sein brauchen, daß sie Recht fänden, als heutzutage, daß sie Arbeit finden?

Hatte der Staat etwa nöthig, die Rechtsgrundsätze aufzustellen, nach denen die Völker in ihrer Urzeit sich richteten, waren sie von Gott und Recht verlassen, bis der Gesetzgeber sich ihrer annahm und ihnen vorschrieb, was Rechtens sei? So dachte man sich die Sache noch vor nicht gar langer Zeit; einen Rechtszustand ohne Gesetzgeber hielt man für unmöglich. Heutzutage haben wir uns von diesem Irrthum losgesagt; wir wissen, daß das Recht nicht auf den Gesetzgeber gewartet, vielmehr in Form des Gewohnheitsrechts von den ältesten Zeiten an existirt hat. Ist es denn nun so unglaublich, daß derselbe Trieb nach Recht und Ordnung, welcher sich hierin ausprägt und den Gesetzgeber überflüssig gemacht hat, auch rücksichtlich der Verwirklichung des Rechts sich bethätigt und den Richter in unserm heutigen Sinn

entbehrlich gemacht habe? Richter hat es von den älteſten Zeiten an gegeben, es waren Rechtskundige, die als Sachverſtändige ein Gutachten über einen Rechtsſtreit ertheilten. Aber die Frage iſt nur, ob ſie, wie unſere heutigen, im Namen des Staats Recht ſprachen und verwirklichten. Und dies iſt es, was ich läugne. Die Geſchichte hat uns zwar ein klares Bild des in die Urzeit der Völker ſich verlierenden urſprünglichen Rechtszuſtandes vorenthalten, aber andererſeits doch bei den meiſten Völkern uns noch ſo viele Spuren deſſelben im ſpätern Recht aufbewahrt, daß wir auf künſtlichem Wege uns den urſprünglichen Zuſtand und die Ideen, die ihn beherrſchten, zu reconſtruiren vermögen. Das Intereſſe dieſer Reconſtruction beſteht weniger darin, der Geſchichte etwas abzugewinnen, was ſie uns verſagt hat, als dasjenige, was ſie gewährt, beſſer zu begreifen, d. h. uns bewußt zu werden, aus welchen Ideen und Anſchauungen das Recht der hiſtoriſchen Zeit hervorgegangen iſt, eine Anknüpfung und ein Verſtändniß zu ſuchen für Erſcheinungen, die uns vom Standpunkt des entwickelten Rechts aus als völlig räthſelhaft erſcheinen müſſen.

Wir verſetzen uns im Geiſt in eine Zeit hinein, in der die Gemeinſchaft noch keine Organe für die Verwirklichung des Rechts aus ſich hervorgetrieben hatte, es vielmehr als reine Privatſache der Individuen betrachtete ſich Recht zu verſchaffen.[25a])

25a) Der folgenden aus der erſten Auflage hinübergenommenen Darſtellung hat ſich Seeger Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 164, 211 u. fl. angeſchloſſen. Auch von Bethmann-Hollweg Der Civilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1 S. 90 Note 3 ſcheint weniger das von mir entworfene Bild für ein unrichtiges zu erklären, als ſich gegen „die Vorausſetzung, daß auch die Selbſthülfe als ordentliches Mittel der Rechtsverfolgung ſich vor der Vernunft rechtfertigen laſſe" und gegen das „Wohlgefallen", das ich an jenen Zuſtänden gefunden, ausſprechen zu wollen (ſ. S. 89 daſelbſt: „Ueberbleibſel vorhiſtoriſcher Barbarei"). Ich ge-

Ein solcher Zustand hat bestanden; ob er weit über Rom hinausreicht, ist Nebensache, die Hauptsache ist die Erkenntniß, daß der ältesterkennbare Zustand des römischen Rechts unmittelbar an ihn anknüpft und sich von dieser Grundlage aus entwickelt hat.

Nicht der Zufall herrschte hier statt des Rechts, nicht das Maß der den bei den streitenden Partheien zu Gebote stehenden physischen Macht gab den Ausschlag, sondern die Idee des Rechts verwirklichte sich auch hier bereits, wenn auch auf unvollkommene Weise. Wer wegen erlittenen Unrechts zur Selbsthülfe schreiten mußte, war nicht auf seine eigene geringe Kraft angewiesen, das Unrecht rief in der Gemeinschaft dieselbe Reaction des Rechts-

---

stehe gern zu, daß jene Zustände von einem geordneten Rechtszustande, wie wir ihn heutzutage verlangen, weit entfernt waren, und daß ich es wohl zufrieden bin, sie nicht in der Wirklichkeit erleben zu müssen, allein andererseits schien es mir gegenüber der herrschenden Ansicht, welche in ihnen nur Barbarei und grauenhafte Willkühr erblickt, höchst nöthig zu sein mit aller Entschiedenheit darauf hinzuweisen, daß auch sie bereits einen gewissen Rechtsgehalt in sich schlossen, eine gewisse Stufe des Rechtslebens repräsentirten. Was man heutzutage gegenüber dem Antheil, den die Staatsanstalten an der Bildung und Verwirklichung des Rechts haben, viel zu sehr übersieht, ist die moralisch-persönliche Energie und damit die äußerlich gestaltende Macht des subjectiven Rechtsgefühls. Aus ihr ist doch schließlich die ganze Rechtsordnung hervorgegangen — woher sonst? Die praktische Möglichkeit solcher Zustände, wie ich sie für die Urzeit des römischen Rechts behaupte, ist durch die geschichtliche Ueberlieferung bei den verschiedensten Völkern dargethan, s. z. B. für das jüdische Recht: Ewald Die Alterthümer des Volks Israel S. 211, für das griechische: Meier und Schömann Der attische Prozeß S. 747, 748, Hefftter Athenienische Gerichtsverfassung S. 454, für das altgermanische, isländische, altnordische: Wilda Strafrecht der Germanen S. 157 bis 223, Dahlmann Geschichte von Dänemark II. S. 335 fl., Seeger Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858 S. 176—210, für das russische: Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. u. Gesetzgebung des Auslands XII. S. 72, 73. Neuere Reisenden in Afrika wissen Aehnliches zu berichten z. B. Ladisl. Magyar, Reise in Südafrika I. S. 331: „Die Vollziehung des Urtheils wird von dem gewinnenden Theil und einen Verwandten besorgt; reicht die Macht dazu nicht aus, so wartet man eine passende Gelegenheit ab (z. B. eine Reise) mitunter Jahre lang."

gefühls hervor, wie in ihm selbst, das Uebergewicht der physischen Kraft warf sich regelmäßig auf Seiten dessen, der Recht hatte. Im Rechtsgefühl liegt einmal der Trieb sich zu realisiren, und eine Verletzung desselben, treffe sie nun zunächst auch nur den Einzelnen, wird nicht bloß in ihm, sondern in der Gesammtheit jenen Trieb in Bewegung setzen. Findet er kein verfassungsmäßiges Organ zu seiner Realisirung vor, so wird er sie sich in unmittelbarer Weise zu verschaffen suchen. Möge kein Richter da sein, der den Verbrecher zur Rechenschaft zieht und straft, letzteren ereilt dennoch die Strafe und vielleicht sicherer und rascher als bei der ausgebildetsten Organisation der Strafrechtspflege; es ist die Volksjustiz, welche die verletzte Volksmoral zur Anerkennung bringt. Was aber in unsern jetzigen Zuständen die Furcht vor der Strafe des Gesetzes und dem Richtschwert der Obrigkeit bewirkt, das leistet dort die Furcht vor dem allgegenwärtigen Arme jener Volksjustiz. Es wäre also sehr verkehrt, sich jenen Zustand in der Weise auszumalen, als ob Scenen der Volksjustiz und einer gewaltsamen Privatselbsthülfe an der Tagesordnung gewesen seien. Man vergißt dabei den Einfluß, den die Aussicht auf das voraussichtliche Benehmen des Gegners regelmäßig auf den eigenen Entschluß ausübte. Wo auf der andern Seite ein völlig zweifelloses Recht stand, mußte man darauf gefaßt sein, daß zur Verfolgung desselben alle Kraft aufgeboten werden würde, und zwar nicht bloß die eigene des Berechtigten, sondern auch die seiner Verwandten und Freunde, während man selber auf eine Unterstützung der letzteren in einem solchen Fall sich keine Rechnung machen durfte. Aber nur wo das Recht des Einen und das Unrecht des Andern sonnenklar war, konnte die Selbsthülfe jener moralischen und physischen Unterstützung gewiß sein, auf der die Sicherheit ihres Erfolges, ich möchte sagen ihr Charakter als Rechtsinstitut beruhte. Wo der Anspruch zweifelhafter Art war, hätte die Verfolgung desselben auf dem Wege der Selbsthülfe nothwendigerweise zu einem wilden Kampfe, zur vollstän-

digen Anarchie führen müssen, hier bedurfte sie der Ergänzung durch Einrichtungen zum Zweck der Entscheidung (§. 12).

Dieser Unterschied zwischen zweifellosem und zweifelhaftem Recht und Unrecht, der auf den Anfangsstufen der Rechtsentwicklung überall einen maßgebenden Einfluß auf die Gestaltung des Rechts ausübt,[26]) während er im Fortgang derselben mehr in den Hintergrund tritt,[26a]) begegnet uns im altrömischen Recht und Prozeß in einer so scharf ausgeprägten und tiefeingreifenden Weise, daß man ihn als einen die ganze Architektonik des ältern Systems bestimmenden Grundgedanken bezeichnen kann. Nur wo der Anspruch zweifelhafter Art ist, kommt es zum Prozeß; wo er evident ist, erfolgt sofort die Execution und zwar ohne Mitwirkung der Behörde lediglich durch den Berechtigten. Neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare — in diesem oben als Motto benutzten Satz des römischen Juristen liegt der Grundgedanke der altrömischen Rechtsordnung ausgesprochen. Wer sein klares Recht hat, bedarf der Obrigkeit nicht, weder um dasselbe durch sie erst noch anerkennen, noch um es durch sie realisiren zu lassen. Die Realisirung ist ausschließlich Sache des Berechtigten. Es ist mir keine Bestimmung des ältern Rechts bekannt, welche ihn an die Mitwirkung der Obrigkeit bände oder ihm dieselbe auch nur in Aussicht stellte. Daß der Magistrat keinen Anstand genommen haben wird, nöthigenfalls diese Mitwirkung zu gewähren, gilt mir zwar als unzweifelhaft,[26b]) allein dieselbe bildete kein Glied des ältesten Executionsverfahrens, letzteres beruht offensichtlich auf der stillschwei-

26) Beispielsweise im altnordischen (Wilda a. a. O. S. 161—165), im englischen (Gundermann, Engl. Privatrecht I. S. 372), auch im russischen (Krit. Zeitschr. s. Anm. 25b) u. a.

26a) Aber ganz verliert er sich auch hier nicht, man denke z. B. an den Gegensatz des Executivprocesses zum ordentlichen Proceß, der eben auf jenem Unterschiede beruht; auch der Wechselprozeß steht im Zusammenhange mit ihm.

26b) Ein solcher Fall wird erwähnt bei Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

genden Voraussetzung, daß ein Widerstand gegen eine berechtigte Selbsthülfe gar nicht zu besorgen stehe, die Macht des Berechtigten selber vollkommen ausreiche; die Strafandrohungen für den Fall der Widersetzlichkeit stammen sämmtlich aus späterer Zeit. [27]) Nur durch Bestreitung ihrer Rechtmäßigkeit konnte ein Dritter als vindex den Lauf einer Execution aufhalten; verlor er, so zahlte er zur Strafe denselben Betrag wie der Schuldner. Gegen den, welcher der berechtigten Selbsthülfe Widerstand entgegensetzte, war die Anwendung von Gewalt erlaubt, was mit lauter Stimme verkündet werden sollte. [27a])

Den Begriff der Selbsthülfe im weitern Sinn zerlegen wir heutzutage in drei Unterbegriffe, den der Selbstvertheidigung (Abwehr drohender Rechtsverletzungen), den der Rache (Wiedervergeltung eines uns zugefügten Uebels) und den der Selbsthülfe im engern Sinne (Aneignung dessen, worauf wir einen Anspruch zu besitzen glauben). Indem wir den ersten Anwendungsfall der Eigenmacht von der folgenden Untersuchung völlig ausschließen, da er für das ältere Recht nichts Charakteristisches enthält, betrachten wir

1) die Rache und die daraus historisch hervorgegangene Privatstrafe (§. 11[a]). Die Verletzung des Rechts, gegen welche sie die Reaction enthält, ist bei dem Delict eine eclatante, die eigenmächtige Verfolgung desselben also nach unserm obigen Grundsatz gerechtfertigt;

27) S. z. B. Dig. lib. II tit. 5—8 u. Gaj. IV, 192 über die act. furti prohibiti: actio quadrupli ex praetoris edicto . . lex autem eo nomine nullam poenam constituit.

27[a]) So z. B. bei der in jus vocatio (Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1: ni it, antestator) „die antestatio dient zum Beweis, daß er rechtmäßig, nicht injuria Gewalt gebraucht" von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106; so beim Diebe (Worte der XII Tafeln bei Cic. pro Tullio §. 48 „endoplorato" d. i., wie Cicero hinzufügt: conclamato ut aliqui audiant et conveniant). Aehnliche Bestimmungen in den altnordischen und germanischen Rechten (s. z. B. von Bar, Beweisurtheil des german. Processes, 1866 S. 98 Note 143[a]) u. im altrussischen (Ewers, altruss. Rechte S. 147, 149).

2) die Selbsthülfe im engern Sinn, und zwar
   a) die Sicherung ihres Erfolges durch das Zeugengeschäft (§. 11[b]) und
   b) die Formen und den Umfang ihrer Anwendung im ältern Recht (§. 11[c]),

worauf wir sodann in §. 12 zu dem Fall der Zweifelhaftigkeit des Anspruchs und der durch ihn gegebenen Nothwendigkeit richterlicher Entscheidung übergehen werden.

Die obige Anordnung bedarf noch einer Bemerkung. Brächten wir den Unterschied zwischen Rache und Selbsthülfe nicht bereits mit, schwerlich würde er uns am ältern Recht zum Bewußtsein kommen, ja selbst im Besitz desselben stoßen wir bei dem Versuch, ihn durchzuführen, auf große Schwierigkeiten. Ist es Selbsthülfe oder Rache, wenn die Gläubiger den insolventen Schuldner zerfleischen? Nach unserer heutigen Auffassung würde das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner zwar Gelegenheit zur Selbsthülfe, nicht aber zur Rache bieten, denn letztere knüpft sich für unsere Vorstellung ausschließlich an den Begriff des Delicts, es ist doch aber kein Delict, wenn der Schuldner sich ohne seine Verschuldung außer Stand sieht, den Gläubiger zu befriedigen. Und doch wird Niemand Bedenken tragen, jenes Verfahren der Gläubiger gegen den Schuldner als einen Akt grausamster Rache zu bezeichnen.

Dieselbe Erfahrung, die wir an diesem Beispiel machen, daß unsere mitgebrachten Begriffe zum ältern Recht nicht stimmen, wiederholt sich an einem andern auch rücksichtlich der Selbstvertheidigung. Das ältere Recht verstattet dem Eigenthümer, den nächtlichen Dieb ohne Weiteres niederzustoßen, selbst wenn er unbewaffnet ist und sich nicht zur Wehr setzt. Ist dies bloße Selbstvertheidigung? Sicherlich nicht! es ist abermals ein Akt blutiger Rache.[27b])

27b) Der Umstand, daß man die im Folgenden entwickelte Eigenthümlichkeit des ältern Rechts übersah, hat Manche zu dem Versuch veranlaßt

Folgen wir dem Fingerzeig, den diese beiden Fälle uns geben, so führt uns dies auf einen für die Erkenntniß des Rechts höchst ergiebigen Weg. Der Geist des ältern Rechts ist der Geist der Rache, der Genugthuung für jegliches widerfahrene Unrecht. Nicht bloß für das absichtliche oder verschuldete, sondern auch für das unabsichtliche oder unverschuldete Unrecht. Das rohe Rechtsgefühl erblickt in jeder Bestreitung oder Vorenthaltung des Rechts eine persönliche Verletzung, ein Delict und verlangt dem entsprechend nicht bloß die einfache Anerkennung oder Wiederherstellung des Rechts, sondern außerdem noch persönliche Genugthuung, Bestrafung des Gegners. Strafe knüpft sich im ältern Recht an alle Rechtsverletzungen, einerlei ob sie bloß objective sind d. h. solche, bei denen den Gegner subjectiv gar kein Vorwurf trifft, das Bewußtsein und die Absicht einer Verletzung des fremden Rechts völlig fehlt, wie z. B. beim gutgläubigen Besitzer der fremden Sache, der im Vindicationsprozeß unterliegt, oder ob sie zugleich ein subjectives Unrecht in sich schließen. Gestraft wird der Schuldner, der nicht zahlen kann, gestraft der Vindex, der bei der legis actio per manus injectionem an Stelle des Schuldners den Anspruch bestreitet, bestraft durch Verlust des sacramentum, wer im Sacramentsprozeß unterliegt, und selbst im Formularprozeß noch dauert in vielen Einrichtungen (z. B. der sponsio poenalis u. a.) die Strafe für das bloße Unterliegen im Prozeß fort. Den fur nec manifestus, der wissentlich einen Angriff auf fremdes Eigen macht, trifft die Strafe des Doppelten; dieselbe auch den Besitzer, der im Vindicationsprozeß unterliegt und während der Zeit die Früchte der Sache sich angeeignet hat, gleich als hätte er dieselben gestohlen, und den Verkäufer einer dem Käufer evincirten Sache, gleich als hätte er den Kläger diebischer Weise um den Kaufpreis bringen wollen.

Daß die Strafe in allen diesen Fällen zugleich die Function

---

diesen Fall in gewaltsamer Weise unter den Begriff der Selbstvertheidigung zu bringen.

des Schadenersatzes ausübt, ist unbestreitbar (II. 117 [110]) allein eben so zweifellos, daß sie zugleich die Bestimmung der Strafe hat. Beide Zwecke sind eben so wenig von einander geschieden wie die verschiedenen Arten des Unrechts und die Rache und die Selbsthülfe, und gerade diese Ununterschiedenheit charakterisirt die Entwicklungsstufe des älteren Rechts. Es ist jene ursprüngliche Einseitigkeit des Rechtsgefühls, die sich bei Individuen und Völkern in gleicher Weise wiederholt, bei der das Rechtsgefühl noch zusammen fällt mit dem Gefühl des eigenen Rechts, und das Unrecht nur seiner Wirkung nach empfunden, nicht seiner Ursache nach gewürdigt wird. Ob der Schlag mit Absicht oder aus Versehen oder ohne alle Verschuldung geführt wird, was kümmert es den Betroffenen? Er fühlt den Schmerz, und der Schmerz treibt ihn zur Rache. Erst wenn diese Stufe des noch im Affect des Schmerzes befangenen Rechtsgefühls überwunden ist, gewinnt dasselbe den richtigen Maßstab für die Würdigung des Unrechts. Dieser Maßstab ist der Begriff der Verschuldung. Nach dem Maße, wie das Recht das Moment der Schuld in den einzelnen Rechtsverhältnissen zu der ihm gebührenden Geltung bringt, bestimmt sich die Culturstufe desselben. Wer mit dieser Rücksicht die Geschichte des Rechts verfolgen will, wird finden, daß der Fortschritt desselben im Wesentlichen in einer fort und fort vervollkommneten und verfeinerten Anwendung des Maßstabes der Verschuldung besteht. Denn das ist das höchste Ziel der Gerechtigkeit, wie in der einen Wagschale das Verdienst, so in der andern die Schuld richtig abzuwägen, das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Verdienst und der Schuld auf der einen und dem Lohn und der Strafe auf der andern Seite.[28])

Messen wir mit diesem Maßstab das ältere Recht, so ist die Stufe, die wir ihm zuweisen müssen, eine niedere. Der Gegensatz der verschiedenen Arten des Unrechts, oder was dasselbe

28) Ich habe diesen Gedanken inzwischen in meiner Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867, weiter ausgeführt.

ſagt: das Moment der Schuld iſt hier noch nicht zur Geltung gekommen. Der Maßſtab, nach dem das alte Recht das Unrecht abmißt, iſt lediglich der der Verletzung und der dadurch hervorgerufenen Irritation des Berechtigten. Der erſt ſpäterhin entdeckte Dieb kommt mit der Strafe des Doppelten davon, der auf der That ertappte verliert die Freiheit; wehrt er ſich oder ſtiehlt er bei der Nacht, ſo kann man ihn erſchlagen. Woher dieſe Verſchiedenheit bei im übrigen völlig gleicher Verſchuldung? Der eine begegnet dem Jähzorn, dem ganzen Ungeſtüm des erſten Affects, für den andern fällt der beruhigende Einfluß der Zeit und die Freude des Eigenthümers, eine bereits mehr oder weniger verloren gegebene Sache wieder gefunden zu haben, mildernd ins Gewicht. Derſelben Quelle entſtammt auch die ſchreiende Ungerechtigkeit in der Beſtrafung des inſolventen Schuldners und des fur nec manifestus. Dieſelbe rührt daher, daß der Eigenthümer bei jenem das Seinige einbüßt, während er es bei dieſem mit Vortheil zurückerhält. Kurz, es iſt ausſchließlich die Stimme des Verletzten, die dem alten Rechte ſeine Beſtimmungen dictirt hat, es iſt die Gerechtigkeit vom einſeitigen Standpunkte des in ſeinem Rechte Gekränkten.

Es wird jetzt begreiflich werden, daß die obige unſerer heutigen Wiſſenſchaft entlehnte Unterſcheidung zwiſchen Selbſthülfe und Rache für das ältere Recht nicht völlig zutrifft. Wo die Begriffe des rein objectiven Unrechts (des „unbefangenen“ in der Sprache Hegels) und des ſubjectiven noch nicht praktiſch unterſchieden ſind, die Aufhebung des Unrechts ſtets mit einer Strafe verbunden iſt, da wird auch eine ſtrenge Scheidung der Selbſthülfe, der Rache und ſelbſt der Selbſtvertheidigung nicht zu erwarten ſein. Alle drei fallen zuſammen unter den gemeinſamen Begriff der gewaltſamen Reaction gegen zugefügtes Unrecht, unter den Begriff der vindicta; das Mehr oder Minder dieſer Reaction, ob ſie ſich beſchränkt auf einfache Abwehr oder Wiedererlangung des Entzogenen, oder ob ſie dieſe Gränzen überſchreitet und noch ein Weiteres erzielt, kommt dabei nicht in Betracht. Der Allgemeinheit

und Unbestimmtheit, in der das alte Recht den Ausdruck „injuria“ gebraucht,[28a]) entspricht die des Ausdrucks „vindicta;“[28b]) die lateinische Sprache — und dies ist höchst charakteristisch — hat für die verschiedenen Zwecke und Richtungen der „vis“ und „vindicta“ selbst noch in späterer Zeit keine besonderen Ausdrücke, die Juristen waren genöthigt die Begriffe zu umschreiben.

Dies vorausgeschickt, wird die obige Anordnung, bei der wir im Interesse der Darstellung die beiden genannten Richtungen der vindicta als Rache und Selbsthülfe von einander scheiden, gegen die Gefahr, falsche Vorstellungen zu erregen, gesichert sein.

2. Die Rache und die Entstehung der Privatstrafe.

XIa. Von den Arten der Selbsthülfe im weiteren Sinne ist die Rache diejenige, welche historisch am frühesten abstirbt. Die Selbsthülfe im engern Sinne trägt ihr Maß und Ziel in sich selbst, sie bezweckt nur die einfache Verwirklichung des Rechts und, normirt nach ihren Voraussetzungen und Formen, vermag sie sich, wie die Geschichte des altrömischen und anderer Rechte lehrt, noch lange mit dem Bestehen einer geordneten Rechtspflege zu vertragen. Aber die Rache ist maßlos; ihr Maß ist das rein zufällige und willkührliche der subjectiven Erregtheit des Verletzten, und

---

28a) Injuria: a. im objectiven Sinn bei der Vindication „quando tu injuria vindicavisti, Gaj. IV 16; b. im subjectiven Sinn in den Worten der XII Tafeln über die Injurienklage: si injuriam faxit actori.

28b) Cicero de inv. c. 53 §. 161: vindicatio defendendo aut ulciscendo. Vindicta, vindicare, vindicatio kommt beim Vindicationsprozeß im Sinn der Selbsthülfe, vindex bei der legis actio per manus injectionem in dem der Selbstvertheidigung vor. Die Bedeutung dieser Ausdrücke im Sinn von Rache, Strafe ist bekannt. Dieselbe Ununterschiedenheit der Begriffe Rache und Selbsthülfe wiederholt sich im germanischen Recht, Seeger a. a. O. S. 177 ff.

anſtatt die Macht des Unrechts zu brechen, ſteigert ſie daſſelbe nur, indem ſie zu dem bereits vorhandenen neues hinzufügt. Begreiflich, daß ſie am früheſten dem Geſetz der Ordnung erliegt.

So ſind es denn nur einzelne Spuren, in denen ſie ſich im altrömiſchen Recht erhalten hat, während das Syſtem der Selbſthülfe noch in hiſtoriſcher Zeit in vollſter Blüthe ſteht. Es möchten etwa folgende ſein. [29])

Dem Ehemann, der den Ehebrecher auf der That ertappt und ihn im gerechten Zorn tödtet, ſichert noch das ſpätere Recht Strafloſigkeit zu. Gegen den Dieb erlauben die XII Tafeln daſſelbe, wenn er bei Nachtzeit ſtiehlt, bei Tage dann, wenn er ſich zur Wehr ſetzt; unter allen Umſtänden fällt der ertappte Dieb (fur manifestus) durch Addiction von Seiten der Obrigkeit dem Beſtohlenen zu. [30]) Bei gewiſſen körperlichen Verletzungen (membrum ruptum) ſpricht das Geſetz die Strafe der Talion aus.

In allen dieſen drei Fällen war das Unrecht des Delinquenten klar, und das Geſetz drückte nur dem, was der Verletzte unter dem Einfluß der erlittenen Kränkung ſei es ſofort bei der That oder nachher zu thun pflegte, den Stempel des Rechtlichen auf. [30a]) Eine von der Sitte, wie es ſcheint, beſonders begünſtigte Form der Rache mag die geweſen ſein, daß der Verletzte ſich der Perſon ſeines Gegners bemächtigte und ihn nicht eher wieder entließ, bis derſelbe ſich losgekauft hatte. Ich folgere dies daraus, daß das ſpätere Recht in manchen Fällen die Befugniß dazu ausdrücklich anerkannte z. B. in dem oben erwähnten Fall des furtum manifestum, ferner bei dem zahlungsunfähigen Schuldner und bei allen

---

29) Die Literatur iſt ſorgfältig zuſammengeſtellt von Rein, Kriminalrecht der Römer. S. 36 u. fl.

30) Es war zweifelhaft, ob als Sklav oder adjudicatus Gaj. III. §. 189.

30a) Gegen die Meinung Mancher, welche in der verſtatteten Tödtung des Diebes nur einen Anwendungsfall der Nothwehr erblicken wollen (z. B. E. Platner Quaest. de jure crim. Rom. p. 69 flg.) ſ. Seeger a. a. O. 218—247.

Delicten, die von Sklaven oder von Hauskindern begangen waren. Wenn der Herr oder Vater es nicht vorzog, den durch diese Personen angestifteten Schaden zu ersetzen, so mußte er sie noxae dare, d. h. dem Beschädigten überliefern, damit letzterer selbst sich an ihnen Genugthuung verschaffen oder durch ihre Dienstleistungen sich schadlos halten konnte. Es ist die Vermuthung ausgesprochen,[31] und ich trete ihr bei, daß „die Noxalklagen ursprünglich die absolute Forderung auf Auslieferung der Schaden bringenden Person zum Zweck der Ausübung der Privatrache enthalten haben." Auch im völkerrechtlichen Verkehr finden wir ein gleiches Recht auf Auslieferung anerkannt. Derjenige Römer, welcher nach völkerrechtlichen Begriffen sich an einem fremden Volk vergangen hatte, wurde der Rache desselben überantwortet, so z. B. derjenige, welcher sich an den Gesandten desselben vergriffen, so der Feldherr, welcher eine sponsio mit dem Feinde geschlossen, die vom römischen Volk oder Senat verworfen war.[32] Die „deditio" erfolgte, „ut populus religione solvatur", damit das Volk selbst sich außer Schuld setze, und in Ausdrücken, die auch bei jener privatrechtlichen noxae deditio vorkommen (quandoque ..... noxam nocuerunt .... ob eam rem hosce homines vobis dedo).[33] In jenem ersten Fall liegt eine völkerrechtliche obligatio ex delicto vor, im zweiten eine obligatio ex contractu (aus der sponsio), deren Nichterfüllung auch im privatrechtlichen Verkehr Schuldhaft und demnächstige Sklaverei des Schuldners zur Folge hatte. Der bei der Auslieferung angeführte Grund: ut populus religione solvatur und die Natur der Sache selbst führt uns dazu, für den Privatverkehr denselben Grundsatz anzunehmen, daß nämlich derjenige, welcher den Verbrecher oder Schuldner der berechtigten Selbsthülfe des Verletzten oder Gläubigers zu entziehen sucht, sich an dem Unrecht desselben

31) Dirksen, civil. Abh. B. 1 S. 104.

32) Mauritius Müller-Jochmus, Geschichte des Völkerrechts im Alterthum §. 71 und §. 82.

33) Livius IX. c. 10.

betheiligt, gleiche Schuld auf sich ladet.[34]) Eine Nachwirkung dieses Grundsatzes finde ich noch in der Verpflichtung, die der vindex im römischen Prozeß übernehmen mußte. Wer als vindex[35]) libertatis auftritt, d. h. einen andern, der nach seiner Angabe unrechtmäßiger Weise in Sklaverei gehalten wird, durch Klage gegen den Innehaber daraus befreien will, muß ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponiren, und wer in gleicher Qualität sich des zur Schuldhaft gezogenen Schuldners annehmen will, tritt damit in dessen Verbindlichkeit ein, so daß er im Fall des Unterliegens als Strafe dafür, daß er die Rechtmäßigkeit der Selbsthülfe des Gläubigers bestritten, den Schuldbetrag entrichten muß[36]), ohne den Schuldner selbst dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien. War noch im System der entwickelten Rechtspflege der vindex wegen unbegründeten Einspruches gegen eine rechtmäßige Selbsthülfe einer solchen Strafe ausgesetzt, so wird um so eher in den Zeiten der Selbsthülfe der Satz gegolten haben, daß jeder, welcher der Rache des Verletzten gegen den Schuldigen entgegentrat, sich zum Mitschuldigen desselben machte. Wenn Jemand wegen öffentlichen Verbrechens ins Exil getrie-

---

34) Später werden eigene Klagen gegen ihn gegeben. S. z. B. die Titel: Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (2. 7) namentlich l. 5 §. 1 und l. 6 (is, qui debitorem vi exemit, si solverit, reum non liberat, quia poenam suam solvit) und Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2. 10.)

35) Fest. vindex, qui vindicat, quominus is, qui prensus est, ab aliquo teneatur.

36) Dies erhielt sich noch, als statt des vindex der Beklagte selbst den Prozeß übernehmen durfte. Da er gewissermaßen als sein eigener vindex auftrat, so mußte er selbst, wenn er unterlag, das Duplum zahlen. Ebenso konnte er das irrthümlich gezahlte simplum nicht zurückfordern. Wäre das statthaft gewesen, so hätte jeder sich der Strafe des Doppelten bei der manus injectio dadurch entziehen können, daß er bezahlte und hinterher die Zahlung anfocht, während ohne Zahlung die Bestreitung der Forderung nur durch vindex und mit dem periculum dupli möglich war. Dies ist der Grund, warum in den Fällen „rubi lis aescit inficiando in duplum" die condictio indebiti ausgeschlossen war.

den ward, wurde es ausdrücklich Allen verboten, ihm zu helfen; wer es that, betheiligte ſich an ſeiner Schuld; — ganz ſo wer den Privatſchuldner oder -Uebelthäter dem verdienten Loose zu entziehen ſuchte.

Die Rache des Verletzten alſo hatte freies Spiel; ob ſie aber bei jedem geringfügigen Delict bis zum Aeußerſten vorſchreiten durfte, oder ob ihr je nach Verſchiedenheit der Fälle durch die Sitte engere und weitere Schranken vorgezeichnet waren, läßt ſich nicht beſtimmen. Bei körperlichen Verletzungen erlauben die XII Tafeln die Talion, den Schuldner und Dieb trifft Freiheitsberaubung, im Fall eines Concurſes darf erſterer ſogar von ſeinem Gläubiger in Stücken geſchnitten werden.[37]) Statt der wirklichen Ausübung der Rache aber mochte eben ſo häufig ein Abkaufen derſelben vorkommen; die Privatſtrafe (poena)[38]) der ſpäteren Zeit iſt nichts als eine Fixirung dieſes Löſegeldes.[39]) Wo das Vermögen in der Schätzung des Volks ſo hoch ſteht, daß Verletzung deſſelben für den Dieb Verluſt und Freiheit und für den Bankerutirer Verluſt des Lebens nach ſich zieht, wo man, möchte ich ſagen, vom Gelde ausgehend bis zur ſchwerſten Strafe gelangen

---

37) Das in partes secare der XII Tafeln auf künſtliche Weiſe aus dem Wege räumen zu wollen, beweiſt eine völlige Unfähigkeit ſich in den Geiſt des alten Rechts hineinzudenken.

38) Es iſt bereits von Andern z. B. Rein, Das Kriminalrecht der Römer S. 284, und Rubino, Unterſuchungen über römiſche Verfaſſung und Geſchichte B. 1. S. 460 hervorgehoben, daß poena wie das griechiſche ποινη urſprünglich die Bedeutung von Sühngeld hat, daher Ausdrücke wie poenas dare, solvere, pendere, petere, exigere, sumere, capere, die ſämmtlich nicht auf die Vorſtellung von „Strafeleiden," ſondern von Zahlen einer Abfindungsſumme hinweiſen.

39) Zu dieſer Anſicht ſind auch Andere gekommen z. B. Köſtlin, Die Lehre vom Mord und Todtſchlag. S. 29 u. flg., bei dem ſich auch die ſämmtlichen uns erhaltenen Fälle der Privatſtrafen des älteren Rechts zuſammengeſtellt finden. Zu der reichen Literatur über die Entſtehung des Sühnegeldes (der Compoſition) aus der Privatrache bei Geib, Lehrbuch des deutſchen Strafrechts B. 1. Tübingen 1861 S. 2 iſt noch hinzuzufügen Nic. von Tornauw, Das moslemitiſche Recht S. 239.

kann, da mag man auch rückwärts wieder von der verwirkten Strafe zum Gelde kommen. Für eine beträchtliche Abfindungsſumme verzichtete der Verletzte wohl auf die Ausübung der Talion, und ſeinem Rachegefühl mochte nicht weniger ein Genüge geſchehen, wenn ſein Gegner ihm das Beſte, was er hatte, abtreten mußte, als wenn er ihm einige ſchwere Wunden beigebracht hatte. In unſerer heutigen Zeit, ſo erwerbſüchtig und geldgierig ſie ſein mag, iſt doch die Beziehung des Eigenthums zur Perſönlichkeit eine unendlich loſere, als ſie es auf den niederen Culturſtufen zu ſein pflegt.[40]) Der Werth, den ein Individuum und eine ganze Zeit auf das Vermögen zu legen gewohnt iſt, beſtimmt ſich erfahrungsmäßig nach der Mühſeligkeit des Erwerbes. Was mit Einſatz von Leib und Leben oder im Schweiß des Angeſichts erworben iſt, erſcheint der Perſon als ein Stück von ihr ſelber; wer es verletzt, büßt, wenn er es nicht erſetzen kann, mit ſeinem Leibe. Vom Standpunkt jener Auffaſſungsweiſe aus iſt es eben ſo wenig überraſchend, daß die Satisfaction für eine vermögensrechtliche Verletzung ſich gegen die Perſon, als die für eine perſönliche Verletzung ſich gegen das Vermögen des Gegners kehrt. An Stelle des Geldes die Gliedmaßen (in partes secare), an Stelle der Gliedmaßen das Geld!

Wer das Geld oder Löſegeld nicht ſelber aufbringen konnte, dem blieb noch die Hoffnung auf Hülfe der Verwandten und Freunde, und dieſe Hoffnung mochte, wenn er ſich dieſer Hülfe nicht durch Leichtſinn unwürdig gemacht hatte, ſelten trügen, wenigſtens war ſie vom Geſetz ſelber bei dem Verfahren gegen inſolvente Schuldner mit in Anſchlag gebracht, es baſirte darauf eine eigenthümliche Einrichtung des älteſten Prozeſſes. Die XII Tafeln ſchrieben vor, daß der von ſeinem Gläubiger bereits zur Haft gebrachte Schuldner an drei Markttagen öffentlich ausge-

40) Im zweiten Syſtem werden wir dieſe Anſchauungsweiſe mit ihrer tiefeingreifenden Einwirkung auf das Recht zu ſchildern verſuchen.

ſtellt werden ſolle, um zu verſuchen, ob nicht irgend Jemand ihn einlöſen werde, und aus dem vierten Jahrhundert weiß die Geſchichte von M. Manlius zu berichten, daß er an vierhundert Schuldner auf dieſe Weiſe aus den Händen ihrer Gläubiger errettete.[41]) Spannte der Verletzte ſeine Forderungen nicht zu hoch, ſo zahlte der Vater lieber, als daß er ſich zur noxae deditio ſeiner Kinder entſchloß, und wo der Thäter ſelber Vermögen beſaß, opferte er lieber einen Theil deſſelben, als daß er ſich der Rache des Gegners Preis gab. Reichten ſeine Mittel nicht aus, und hatte er ſich des Beiſtandes ſeiner Verwandten nicht unwürdig gemacht, ſo mochten letztere das Fehlende ihm vorſtrecken. Lebte der, gegen den er ſich vergangen, nicht mehr, ſo traten die Verwandten als Rächer an deſſen Stelle;[42]) ob auch ſie die Rache, die ſie dem Verſtorbenen ſchuldig waren, ſich abkaufen laſſen durften, ob dies den Thäter gegen die vindicta publica von der wir ſpäter ſprechen werden, geſichert haben würde, laſſen wir dahin geſtellt.

Die Höhe der Abfindungsſumme beſtimmte ſich begreiflicherweiſe nach Verſchiedenheit der Fälle ſehr verſchieden. Die Vermögensumſtände der beiden Partheien, ihre Stellung und ihr bisheriges Verhältniß zu einander, das Maß der Rachſucht auf der einen, das des Trotzes auf der andern Seite, Fürſprache von befreundeten Perſonen u. ſ. w. übten hier einen beſtimmenden Einfluß aus. Es ſtand zwar bei dem Verletzten ſeine Forderungen ins maßloſe zu ſpannen, ähnlich wie dies im römiſchen Prozeß derjenige kann, der durch ein juramentum in litem die litis aestimatio beſtimmen ſoll, allein ſein eigenes Intereſſe veranlaßte ihn, ſeinem Gegner die Auslöſung nicht unmöglich zu machen.[43])

---

41) Liv. VI, 20.

42) Als Ausfluß des Familienprincips gehört dies in §. 14.

43) Man nehme z. B. an, daß er dem ihm zugeſprochenen Schuldner das doppelte von dem abforderte, was letzterer als Sklav werth war, und was er alſo bei dem vorgeſchriebenen Verkauf trans Tiberim aus ihm löſen konnte.

Auch die öffentliche Meinung und die Sitte war hier gewiß nicht ohne Einfluß. Hatte letztere, wie anzunehmen iſt, wenigſtens einige allgemeinere Anhaltspunkte für die Beſtimmung der Abfindungsſumme aufgebracht, z. B. nach Verſchiedenheit der Delicte das Vierfache, Doppelte des Schadens oder eine beſtimmte Anzahl Rinder und Schafe u. ſ. w., ſo mochte ein Einzelner, um die öffentliche Meinung nicht gegen ſich zu erbittern, es nicht wagen, ſich bei ſeiner Forderung gar zu weit von dieſen Anhaltspunkten zu entfernen. Wir haben uns hier einen Handel zu denken, bei dem von der einen Seite vorgeſchlagen, von der andern ſo lange accordirt ward, bis man endlich handelseinig geworden war.[43a]) Der Ausdruck dafür war pacere,[44]) pacisci, depecisci und für die Einigung ſelbſt pactum. Die urſprüngliche Bedeutung von pactum iſt alſo nicht die eines Vertrages überhaupt, ſondern die von pax, Frieden, nämlich Beilegung der Feindſeligkeiten; der „Vertrag" macht der „Unverträglichkeit" ein Ende.[45])

War letzterer alt und ſchwach, ſo brachte jener Verkauf wenig auf. Eine weiſe Beſtimmung der XII Tafeln war die, daß ſie die Friſt, innerhalb deren der Gläubiger den Schuldner bei ſich behalten durfte, feſt beſtimmten und zwar ſehr eng zumaßen (60 Tage). Dem Gläubiger war damit das Mittel entzogen, den Schuldner durch fortgeſetzte Quälereien mürbe zu machen, und andererſeits mußte auch der Schuldner ſelbſt innerhalb dieſer 60 Tage ſeinen Entſchluß faſſen. Eine billige Auslöſungsſumme brachte letzterer innerhalb dieſer Zeit vielleicht zuſammen; wies der Gläubiger ſie bis zu Ablauf der Friſt von ſich, ſo mußte er jenen Verkauf vornehmen, der ihm möglicherweiſe viel weniger einbrachte.

43a) Hier ſetzt im altnordiſchen Recht das Amt des von beiden Partheien gewählten Vermittlers an, der den Betrag der Abfindungsſumme beſtimmt (der arbiter im urſprünglichen römiſchen Sinn), Wilda, Strafrecht der Germanen S. 20.

44) Sanskr. Wurzel pac (binden), daher Sanskr. paca Strick. Pott a. a. O. B. 1 S. 267.

45) „Pactum" und „Vertrag" weiſen alſo urſprünglich auf dieſelbe Idee hin, nämlich auf die des „ſich vertragens" „pacem condere". Dieſen urſprünglichen Begriff von pactum, der alſo ein bereits beſtehendes Rechtsverhältniß vorausſetzt und ein Ablaſſen von einem der Strenge

Die Ausübung der Privatrache mochte alſo im beiderſeitigen Intereſſe in der Regel mit dem Abkaufen derſelben enden, und für die Beſtimmung der Abfindungsſumme im einzelnen Fall konnte es nicht an einer Menge von Präcedentien fehlen, die den Partheien als Anhaltspunkte dienten. Bei manchen Delicten finden wir anfänglich dieſe Vereinbarung noch völlig den Partheien überlaſſen, ſpäterhin nimmt die Obrigkeit die Sache in die Hand, und anſtatt, wenn es z. B. zur Talion hätte kommen müſſen, weil die eine der Partheien zu viel forderte, die andere zu wenig bot, auf Talion zu erkennen, ſetzte der Richter ſelber die Abfindungsſumme feſt. Dies iſt die römiſche Privatſtrafe. Die Anhaltspunkte zur Beſtimmung derſelben fand der Richter, wie eben bemerkt, in der Sitte vor, und ein nahe liegender Schritt zur Vervollkommnung dieſes Verfahrens war der, im Anſchluß an dieſe Anhaltspunkte ein für alle Male einen Tarif von feſten Abfindungsſummen aufzuſtellen, wie dies in ſo vielen Rechten ſich wiederholt. Für einige Delicte finden wir bereits in den XII Tafeln feſte Summen vorgeſchrieben z. B. für die Injurien und einige Fälle des Diebſtahls, für andere hingegen treten dieſelben erſt ſpäter im prätoriſchen Edict auf z. B. für das furtum manifestum. Endlich mochte man bei einigen Delicten aus guten Gründen auf eine ſolche geſetzliche Fixirung der Abfindungsſumme verzichten, um es nämlich dem Richter möglich zu machen, je nach Verſchiedenheit des concreten Falles bald auf eine höhere, bald auf eine geringere Summe zu erkennen. Dieſe Behandlungsweiſe ſcheint man beim membrum ruptum vorgezogen zu haben, in ſpäterer Zeit adoptirte man ſie auch bei den Injurien, weil das Syſtem der „feſten Preiſe“ ſich bei ihnen nicht bewährt hatte.

---

nach zuſtändigen Recht in ſich ſchließt, darf man für das römiſche Recht nie außer Acht laſſen. Hätte man ihn ſtets im Auge behalten, ſo würde die falſche Theorie von der nach ſpäterm römiſchen Recht aus einem pactum entſpringenden obligatio naturalis ſich ſchwerlich ſo ſehr eingeniſtet haben.

Zur Zeit der XII Tafeln war alſo jenes Syſtem der Privatſtrafen noch in der Bildung begriffen. Hinſichtlich einiger Delicte wird noch das ehemalige Recht des Verletzten auf Rache ausdrücklich anerkannt, wenn auch vielleicht in ſeiner Ausübung an die Autoriſation der Behörde geknüpft (Talion beim membrum ruptum, Addiction beim furtum manifestum), bei andern iſt die fixirte Geldſtrafe bereits an die Stelle der Rache getreten. Zwar wird uns hinſichtlich dieſer letzteren Fälle nicht ausdrücklich bezeugt, daß hier früher die Privatrache gegolten, allein beim furtum manifestum und membrum ruptum können wir den wirklichen Hergang noch erkennen, und er gewährt uns einen wichtigen Fingerzeig für das ganze Syſtem der Privatſtrafen überhaupt. Hinſichtlich ihrer nämlich ſchimmert zwar in den XII Tafeln die Erwartung durch, daß es ſtets zum pacisci kommen werde,[46] allein als letztes Mittel laſſen ſie doch noch die Talion und Addiction beſtehen. In der ſpäteren Praxis hingegen iſt von der Anwendung dieſes äußerſten Mittels keine Rede mehr;[46a] ſelbſt gegen den Willen der Partheien erkennt der Richter auf eine Abfindungsſumme. Es machte ſich dies, wie Gellius[47] berichtet, in der Weiſe, daß der Richter auf Talion erkannte, und wenn der Beklagte, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat. Dieſer Modus, daß der Richter zuerſt auf das eigentliche Klagobject erkannte und hinterher abſchätzte, iſt zwar dem ſpätern Recht fremd, allein wir wiſſen aus anderen Zeugniſſen, daß er urſprünglich üblich geweſen iſt.[48]

46) Hinſichtlich der Talion beſtimmen ſie ausdrücklich: ni cum eo pacit, talio esto, hinſichtlich des furtum wiſſen wir, ohne gerade die Worte zu kennen, daß die XII Tafeln das pacisci erwähnten, l. 7 §. 14 de pact. (2. 14).

46a) Einen ähnlichen Entwicklungsgang von der Talion zum Schadenserſatz im deutſchen Recht ſ. bei Stobbe, Zur Geſchichte des deutſchen Vertragsrechts S. 37.

47) Gellius XX. 1.

48) Gaj. IV §. 48 „non ipsam rem condemnat, sicut olim fieri

Die Privatstrafen des römischen Rechts erscheinen also dem bisherigen nach als die gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich fixirten Preise, für welche die ursprünglich statthaft gewesene Privatrache abgekauft werden konnte und mußte. Es erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte, warum die Delictsklagen des spätern Rechts, wie z. B. die actio legis Aquiliae wegen Beschädigung oder Vernichtung von Sachen, selbst soweit sie reinen Schadensersatz zum Gegenstand haben, nicht gegen die Erben des Thäters gerichtet werden können. Daß die Leistung des Schadenersatzes als Strafe aufgefaßt wird, hat für uns etwas Befremdendes, und unser heutiges Recht hat in dieser Beziehung sich vom römischen entfernt.[48a]) Diese Sonderbarkeit erklärt sich aber ganz befriedigend aus der bisher dargestellten Ansicht. Beschädigung fremder Sachen ist ein Delict, das die Privatrache des Eigenthümers hervorruft. Mit dem Tode des Thäters aber fällt die Rache hinweg, denn sein Erbe übernimmt zwar das Vermögen und damit die Schulden desselben, nicht aber dessen Feindschaften und Fehden. Da nun die Strafe gezahlt wird, um sich der Fehde zu entziehen, so hat nur der Thäter sie zu entrichten, nicht der Erbe. Als natürliche Folge des Delicts gilt nicht der Anspruch auf Schadensersatz, sondern die Privatrache, letztere geht aber über den bloßen Schadensersatz hinaus, denn es ist neben der Sache zugleich die Persönlichkeit des Eigenthümers gekränkt, und wenn letzterer sich eine poena oder Abfindungssumme zahlen läßt, so hat dieselbe die Bestimmung ein Surrogat der Rache zu sein, der Rachlust ihre Befriedigung zu gewähren.[48b]) Ueber dieser persönlichen Richtung

---

solebat.“ Der Gesichtspunkt des pacisci war durch den richterlichen Zwang nicht ausgeschlossen, es gibt auch eine gezwungene Vereinbarung l. 6 §. 3 de his qui not. (3. 2) qui jussu praetoris pretio dato pactus est.

48a) Derselbe Entwicklungsgang im englischen Recht. Rüttimann, Der englische Civilprozeß. S. 25.

48b) Daher auch die Beschränkung der Pönalklagen auf eine kurze Zeit, „langes Zögern ist mit dem Rache nehmen als Bethätigung persönlichen

die Delicts iſt die ſächliche im römiſchen Recht gar nicht zu beſonderer Anerkennung gelangt.[49])

3. Das Zeugengeſchäft.

Intereſſe der Zeugen für den Erfolg der Selbſthülfe — Hypotheſe über die urſprüngliche Beſtimmung der Zeugen (testis = Beiſtand) — das testamentum in comitiis calatis.

XI[b]. Die für den Erfolg der Selbſthülfe ſo entſcheidende Vorausſetzung der Zweifelloſigkeit des Anſpruchs ließ ſich für alle Anſprüche, welche durch Rechtsgeſchäfte begründet werden, einfach dadurch erreichen, das man zu letzterem eine hinreichende Zahl von Zeugen zuzog. Die ſolenne Form dafür war die der mancipatio, wie das Geſchäft hieß, wenn es die Gewährung von Eigenthum oder ſonſtigen abſoluten Rechten, oder nexum, wenn es die Begründung von ſtrengen Schuldforderungen, den Wechſelforderungen des älteren Rechts zum Gegenſtande hatte. Dort war

---

Rechtsbewußtſeins nicht zu vereinigen — letzteres muß gleichſam auf friſcher That Statt finden" (Demelius, Unterſuchungen aus dem röm. Civilrecht I S. 23). Dem entſprechende Beſtimmungen nordiſcher Rechte bei Wilda a. a. O. S. 165.

49) Daß der Erbe des Thäters das, was durch das Delict ins Vermögen ſeines Erblaſſers und ſo durch Erbgang auf ihn gekommen iſt, reſtituiren muß, enthält nur einen Ausfluß des Condictionenprincips. Daß aber, wie im Text behauptet iſt, das römiſche Recht über den Geſichtspunkt des Delicts und der darin liegenden Anforderung einer perſönlichen, gemüthlichen Genugthuung den Geſichtspunkt des Schadenerſatzes, d. i. der rein vermögensrechtlichen, ſachlichen Genugthuung hintangeſetzt hat, iſt unläugbar, und man ſollte ſich bewußt ſein, daß hierin eine Grundverſchiedenheit altrömiſcher und heutiger Auffaſſung und ein bedeutender Fortſchritt der letzteren vorliegt. Die Anknüpfung dieſer Eigenthümlichkeit an das Syſtem der Privatrache iſt hier nur im Vorübergehen verſucht und erklärt dieſelbe nur von einer Seite; von einer andern Seite wird dies im zweiten Syſtem bei Gelegenheit einer Unterſuchung über den obligatoriſchen Grund der römiſchen Obligationen geſchehen.

das Geschäft eingekleidet in die Form eines Scheinverkaufs (das Weitere s. II. 2. S. 521 fl.), hier in die eines Scheindarlehns. In beiden Fällen erfolgte nämlich eine Scheinzahlung in der ursprünglichen Form des Zuwägens durch den libripens; in beiden Fällen hatten fünf Zeugen zu assistiren. Die uns erhaltene Form dieses Geschäftes ist offenbar eine spätere, denn der libripens weist auf die Zeit hin, als bereits das Metall allgemeines Tauschmittel geworden war, [50]) sowie höchst wahrscheinlich die fünf Zeugen dieses Aktes erst in Folge der Servianischen Verfassung aufgekommen sind, [50a]) als Vertreter der fünf Censusklassen. Worin nun aber auch die älteste Form der mancipatio bestanden haben möge, das Zeugengeschäft selbst gehört bereits dem System der Selbsthülfe an, die Function der Zeugen ist hier auf dieser Bildungsstufe des Rechts ungleich wesentlicher und unentbehrlicher als auf den spätern Bildungsstufen.

Wenn nämlich der Berechtigte wegen eines vor Zeugen erworbenen Rechtes zur Selbsthülfe schreiten mußte, so waren es die Zeugen, die er zuerst um ihre moralisch thätige Mitwirkung anging, und letztere erschienen verpflichtet dieselbe zu gewähren. Für das spätere Recht, in dem die Thätigkeit des Zeugen auf ein Aussagen zusammengeschrumpft ist, bestimmen die XII Tafeln: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimo-

---

50) Einen andern Grund s. II S. 526. Das Geld, pecu-nia ist etymologisch und sachlich eine Fortbildung von pecus, dem ursprünglichsten beweglichen Werthobject, es war ein Surrogat des Viehs, welches das älteste Tauschmittel in Rom war. Noch in relativ später Zeit ward in Vieh gebrüchtet, daher peculatus = Diebstahl an dem öffentlichen Vieh. Neben Vieh kommt auch das Getreide vor, stips, daher stipendium (stipem dare) Sold. Das aes mit seinen Ableitungen aerarium, aestimare (auf Erz zurückführen d. i. schätzen) sowie das aes militare (der Getreidesold auf Geld reducirt), equestre, hordearium gehört erst einer relativ spätern Zeit an; Naturallieferungen sind überall das frühste und der Tausch älter, als der Kauf.

50a) Fünf Zeugen kommen übrigens auch anderwärts vor z. B. bei der Aussetzung des ungestalteten Kindes, Dionysius II 15.

nium fariatur, improbus intestabilisque esto;[51]) im System der Selbsthülfe wird derjenige Zeuge für improbus und intestabilis gegolten haben, welcher jene thätliche Mitwirkung bei Ausführung des Geschäftes versagte. Daß diese Art der Mitwirkung eventuell vom Zeugen erwartet und verlangt wurde, soll jetzt näher erwiesen werden; es möge aber hier an die obige Bemerkung erinnert werden, daß es gewiß in den wenigsten Fällen zu wirklichen Thätlichkeiten kam, indem das moralische und physische Gewicht, das der Beistand der Zeugen dem Anspruche des Berechtigten gewährte, nutzlose Versuche des Widerstandes im Keim unterdrückte.

Unser Beweissatz ist also der: der zugezogene Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessirten Parthei im voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heißt Garant.[52])

In einer Zeit, in der die Parthei selbst ihr Recht realisirt, ist nothwendigerweise die Stellung und Aufgabe des zugezogenen Zeugen eine ganz andere als in einer Zeit, in welcher der Richter jene Realisirung auf sich genommen hat. In diesem letztern Fall, oder wo der Zeuge bloß zufällig bei dem zu bezeugenden Akt gegenwärtig, nicht absichtlich zugezogen war, mag er sich

---

51) Gellius XV. 13. 11. Der Vorwurf der Intestabilität bezeichnete den äußersten Grad der Treulosigkeit und Ehrlosigkeit, der intestabilis war verkehrstodt. Gell. VII, 18 adeo intestabiles invisosque fuisse, ut taedium vitae ceperint necemque sibi consciverint. Der zufällige Zeuge hat keine Verpflichtung, er kann das Zeugniß ablehnen, aber der zugezogene ist Vertrauensperson „alligatus" (Isidori Orig. V, 23 testes quos quisque sibi alligat, ne cui sit postea liberum aut dissimulare aut subtrahere se, unde et alligati appellantur) und begeht durch Verweigerung des Zeugnisses den schmählichsten Vertrauensbruch.

52) Eine interessante Parallele bietet die Assise des englischen Rechts, bei welcher sich die Zeugen zu Richtern erheben (Gundermann in Note 26), zum besten Beweis, wie leicht unter Umständen der Schritt von der bloßen Bezeugung des Rechts zur Mitwirkung bei seiner Verwirklichung ist. Verbindung des Bürgen und Zeugen im ältern deutschen Recht (Stobbe, in meinen Jahrb. 12, 150).

auf bloße Aussage dessen, was er gesehn hat, beschränken. Hier kommt es lediglich auf sein Wissen an, und die Bezeichnung desselben im Germanischen Recht als eines Wissenden[53]) ist daher ganz zutreffend. Ganz anders da, wo es nicht auf Sagen und Klagen, sondern auf Handeln ankommt; hier würde der zugezogene Zeuge durch ein bloßes Sagen dem ihm geschenkten Vertrauen nicht entsprechen; die Wahrheit, die er bezeugen soll, ruht ursprünglich in den Fäusten. Wahr ist nach der Etymologie sowohl der lateinischen als der deutschen Sprache dasjenige, was bewährt, gewahrt wird;[54]) Wahrheit also dasjenige, wofür man einsteht. Wenn dies der ursprüngliche Begriff der Wahrheit ist, so hat vor allen der Zeuge die Aufgabe die Wahrheit zu bewähren.[54a]) Es wäre eine Feigheit von ihm, der Parthei, die zum Gegner geht, um sich Recht zu verschaffen, nicht zu diesem zu folgen, eine Feigheit, sie dort, wenn sie Widerstand findet, im Stich zu lassen. Zu diesem Zweck eben, um das unter seinen Augen begründete Recht mit zu realisiren, hat die Parthei ihn zugezogen; wenn sie überall nur durch Beistand dritter Personen zu ihrem Recht gelangen kann, auf wessen Beistand hat sie einen gerechteren Anspruch als auf den desjenigen, der wie kein anderer von ihrem Rechte überzeugt ist? Der testis ist

---

53) Althochd. gewizo (Wissender) Kiwizida, giwiznessi, gewizscaf (Zeugniß) angels. gevita, altnord. vitus (Zeugniß). Das gothische veitvôds (Zeuge) soll auch mit vitan (wissen) zusammenhängen. Das Mittelhochdeutsche geziuge, ziuc u. s. w. und das Niederdeutsche getüge leitet Grimm von ziehen ab d. i. der Zugezogene.

54) Wahr und verus stammen beide von der Sanskr. Wurzel wri (bedecken, wahren), wovon z. B. auch Goth. varjan (wehren) Poln. wara, wiera, Litt. wer-tas; und was gewehrt, gewahrt, bewährt ist, ist wahr. S. Pott a. a. O. B. I. S. 223.

54a) Daher lautet die alte Aufforderung an die Zeugen beim testamentum per aes et libram nicht auf fari, sondern auf testimonium perhibere.

etymologiſch der „Beiſtand“.[55]) Auch bei dem Scheinkampf in der reivindicatio gehen von beiden Seiten Gefährten (superstites) mit; wenn dies beim Scheinkampf nöthig ſchien, ſo wird es auch bei der wirklichen Selbſthülfe der Fall geweſen ſein, und wer hätte hier eher mitgehen müſſen, als die Zeugen des Geſchäfts, das zu dieſer Selbſthülfe Veranlaſſung gab? Auch bei Beginn des Prozeſſes erſcheinen die beiderſeitigen Beiſtände, und wenn der Streit anhängig gemacht iſt, ruft man ſie zu Zeugen auf (contestari; daher jener Akt litis contestatio). Warum? Für einen Akt, der vor dem Prätor (in jure) geſchah, bedurfte es doch wohl nicht der Privatzeugen, ſonſt hätte man ja zu jedem andern Akt vor dem Prätor z. B. der confessio in jure, der in jure cessio u. ſ. w. gleichfalls Zeugen zuziehen und aufrufen müſſen, während davon nirgends die Rede iſt. Jene Zeugen ſind die alten Beiſtände bei der Selbſthülfe, die jetzt mit den Partheien vor den Prätor gehen.

Der Zeuge des älteſten Rechts, der ſich noch lange in der mancipatio erhielt und in der Teſtamentsform des neuſten römiſchen Rechts letztere ſogar überlebte, iſt Solennitätszeuge d. h. die Zuziehung deſſelben iſt ein formelles Requiſit des Geſchäftes ſelbſt, der Zeuge nimmt Theil an demſelben, iſt ein Mithandelnder und muß als ſolcher zur Theilnahme aufgefordert ſein und ſich dazu bereit erklärt haben. Wer nur beim Akt gegenwärtig war, ohne zugezogen zu ſein, iſt nicht Solennitätszeuge, ungeachtet er das glaubwürdigſte Zeugniß abzulegen vermag. Daſſelbe gilt von Perſonen weiblichen Geſchlechtes; an Glaubwürdigkeit ſtehen ſie nicht zurück, aber was ihnen fehlt, iſt jene phyſiſche Kraft des Mannes, durch die er nöthigenfalls ſeine

55) An Stelle der in der erſten Aufl. von mir verſuchten unhaltbaren Ableitung des testis von tegere adoptire ich die von Lange in der Recenſion dieſes Bandes (Note 6) S. 43 ihr gegenüber geſtellte von Bopp, welcher testis als Reduplication von sta erklärt. Hiernach iſt testis „der Beiſtand“ ähnlich wie die „superstites“ im Text. Hiermit wird auch antistes zuſammenhängen.

Worte bewährt, und wegen dieses Mangels sind sie wie zur Vormundschaft, bei der gleichfalls in ältester Zeit die physische Kraft erforderlich ist, so auch zum Zeugniß ungeeignet. Beim Solennitätszeugniß kommt es nicht auf Glaubwürdigkeit an, darum können die Interessenten ihre eignen Verwandten zuziehen, und auch im neuern Recht noch ist z. B. das Testament gültig, wenn die zugezogenen Zeugen sämmtlich Brüder des eingesetzten Erben sind.[55a]) Alle diese Sätze stimmen nicht mit dem Gesichtspunkt, daß der Werth des Zeugen in seinem Wissen liegt, wohl aber erklären sie sich, wenn man von unserm Gesichtspunkt ausgeht, daß der Zeuge der ältesten Zeit eine Garantie des Geschäfts übernehmen soll.

Eine nicht unwichtige Unterstützung der im bisherigen entwickelten Hypothese gewährt das testamentum in comitiis calatis. Man streitet darüber, ob das Volk bei dieser Art der Testamentserrichtung abgestimmt oder blos die Funktion eines Zeugen ausgeübt habe.[56b]) Wenn man sich für diese letztere Ansicht auf die

---

55a) Die Richtigkeit des im Text Gesagten ist in einer neuern Schrift bemängelt worden. Hätte der Tadler den Unterschied zwischen „Verwandten", wovon ich im Text allein rede, und Personen in der patria potestas, beachtet, so würde er sich seine Bemerkung haben sparen können.

55b) Für die erstere Ansicht haben sich neuerdings immer mehr Stimmen vernehmen lassen, insbesondere auch die gewichtige von Th. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 156 (Aufl. 4), der das Testament ganz treffend als Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge bezeichnet. Die Gegner derselben scheinen das Gewicht der Gründe, auf welche sie sich stützt, gar nicht gefühlt zu haben, die Gründe, auf die sie sich für ihre eigne Ansicht berufen, sind höchst äußerlich und schwach, und möchten auch bei der jüngsten Vertheidigung dieser Ansicht (Ludw. Lange, Röm. Alterth. Bd. 1 Aufl. 2) wenig gewonnen haben. Becker, Handb. d. röm. Alterth. II. S. 369 verwickelt sich in den Widerspruch, daß er auf der einen Seite das Entscheidungsrecht des Volks verwirft, auf der andern aber meint, „man habe durch die Oeffentlichkeit dem möglichen Einspruch nach dem Tode des Testators vorbeugen wollen, da der Widerspruch in der Versammlung selbst hätte erhoben werden müssen" —! womit er implicite anerkennt, daß das Volk im Fall eines solchen Widerspruchs seine Genehmigung habe versagen können.

Ausdrücke testari, testamentum u. ſ. w. beruft,[56] indem man dabei vorausſetzt, daß ihnen der Begriff des gewöhnlichen Zeugniſſes zu Grunde liege, ſo muß man meines Erachtens das Argument umdrehen und ſagen: testis, testari u. ſ. w. hat in älteſter Zeit eine andere Bedeutung gehabt, weil es undenkbar iſt, daß das ganze römiſche Volk bei jener Teſtamentserrichtung die Rolle eines gewöhnlichen Zeugen geſpielt habe. Warum in aller Welt zum bloßen Zweck der Conſtatirung einer Thatſache das geſammte Volk als Zeugen zuziehen? Man begreift in der That dies praktiſche Volk nicht, daß es einen Zweck, der ſich auf die einfachſte Weiſe durch einige wenige Zeugen erreichen ließ, auf eine für die Teſtatoren nicht minder wie für das Volk höchſt umſtändliche und läſtige Art hätte verfolgen ſollen. Dieſe Comitien wurden nur zwei Mal im Jahr gehalten, andere Zeugen konnte man zuziehen, wenn das Bedürfniß drängte, oder der Zufall den Abſchluß eines Geſchäfts herbeiführte. Warum eines bloßen Zeugniſſes wegen ein halbes Jahr warten?

Nein, das Volk hatte etwas anderes zu bieten als ein bloßes Zeugniß, und die Thätigkeit deſſelben beſtand nicht im bloßen Hören, ſondern erforderte Abſtimmung, das Teſtament ward durch eine lex genehmigt gleich der ſo nahe mit ihm verwandten Arrogation; für welche dies ausdrücklich bezeugt iſt.[56a] Der Geſichtspunkt, daß das Teſtament eine lex ſei, hat ſich noch im ſpätern Recht in manchen Punkten erhalten. An die Teſtamentszeugen wird, wie an das Volk bei einem Geſetzvorſchlage, eine „rogatio“ gerichtet, die Thätigkeit des Teſtators wird mit „legare“[56b] bezeichnet, ſeine Anordnungen müſſen in imperativi-

56) z. B. Dernburg (der Aeltere), Beiträge zur Geſchichte der römiſchen Teſtamente S 16 u. fl.

56a) Gell. V, 19 per populi rogationem, wo zugleich das Rogationsformular mitgetheilt wird.

56b) So in dem bekannten Satz der XII uti legassit de pecunia tutelave suae rei, hier bedeutet legare legem ferre. Die Bedeutung des Ausdrucks wird in ſpäterer Zeit bekanntlich eine engere.

scher Form gehalten sein, und in seinen materiellen Wirkungen geht das Testament, wie erst im zweiten System gezeigt werden kann, weit über die Kraft der Privatgeschäfte hinaus und äußert eine Wirksamkeit, wie sie sonst nur bei Gesetzen oder vom Volk ausgehenden Maßregeln vorkommt.[57] Vom Standpunkt des ältesten Rechts aus können wir von zwei verschiedenen Seiten zu der Einsicht gelangen, daß die Bestätigung des Testaments durch einen Beschluß des Volks eine Consequenz dieses Rechts enthielt. Einmal nämlich von Seiten des Familienprincips als eine durch das Interesse der Gentes gebotene Sicherungsmaßregel gegen die Willkühr letztwilliger Dispositionen — davon kann erst in §. 14 die Rede sein — sodann aber von Seiten des hier zur Behandlung stehenden subjectiven Princips als durch das eigene Interesse des Testators selbst geboten. Wenn irgendwo, so empfahl es sich gerade beim Testament als besonders zweckmäßig das Geschäft statt unter die Garantie bloßer Privatzeugen unter die des ganzen Volks zu stellen. Denn das Testament griff mehr als irgend ein anderes Geschäft in eine Menge von Interessen verletzend ein, Interessen nicht bloß einzelner Privatpersonen, sondern ganzer Gentes, traf also auf einen unvergleichlich mächtigeren Widerstand als irgend ein anderes Geschäft. Sodann steht es aber darin einzig in seiner Art, daß es erst nach dem Tode des Disponenten zur Ausführung kommen kann, daß in ihm also nur der ehemalige Wille eines jetzt Willenlosen vorliegt; der Wille erhebt hier den Anspruch, über sein natürliches Ziel hinaus bindende Kraft auszuüben. So wenig wir heutzutage daran Anstoß nehmen, und so wenig dies die Römer später gethan haben, so ist doch die Testirfreiheit ursprünglich

57) Beispielshalber mache ich hier auf zwei Punkte aufmerksam. Der Legatar erwirbt das Eigenthum der legirten Sache ipso jure ohne Besitzaneignung, was sonst nur bei Verleihungen von Seiten des Volks oder seiner Beauftragten vorkommt. Ferner tritt jedes Rechtsgeschäft des alten Rechts sofort in Wirksamkeit, das Testament aber disponirt wie ein Gesetz über zukünftige Verhältnisse. III, 1, 169. 170.

auch ihnen gewiß nichts weniger als natürlich erschienen. Manche Völker haben sich nie zu diesem Gedanken erheben können, sind vielmehr im Wesentlichen immer bei der Intestaterbfolge stehen geblieben: sollte die Rechtsanschauung der ältesten Römer so abnorm organisirt gewesen sein, daß ihnen gleich von vornherein als natürlich erschienen wäre, was sich jenen Völkern für immer entzog? Nein, gerade die Anschauung, mit der wir uns hier beschäftigen, jener Einfluß des physischen Moments im Recht macht es mehr als wahrscheinlich, daß auch die Römer ursprünglich die Erstreckung des subjectiven Willens über die physische Existenz der Person hinaus als etwas exorbitantes, nicht schon an sich im subjectiven Recht liegendes betrachtet haben. Da nun aber dennoch, wie wir in §. 14 sehen werden, gerade die schroffe Consequenz des römischen Familienprincips das Bedürfniß letztwilliger Dispositionen hervorrief, den Römern die Testamente *aufzwang*, so lag es am nächsten, Streitigkeiten über die Wirksamkeit eines bloß vor Privatgaranten ausgesprochenen letzten Willens dadurch auszuschließen, daß man denselben unter die Garantie des Volks stellte, d. h. eine lex zur Bestätigung desselben nachsuchte. Wie bei jedem andern Beschluß, so erfolgte auch hier eine rogatio an das Volk, und da letzteres abstimmte, so konnte es selbstverständlich diese Genehmigung so gut versagen als ertheilen. Der Testator erlangte durch Ertheilung derselben eine Sicherheit der demnächstigen Ausführung seines Willens, wie sie ihm die Zuziehung noch so vieler Zeugen zu einem an sich exorbitanten und rechtlich zweifelhaften Geschäft nie hätte gewähren können.

An die Stelle des testamentum in comitiis calatis tritt später das testamentum per aes et libram (d. h. die Mancipationsform). Hatte man sich damit über die ursprüngliche Idee, daß das Testament der Garantie des Volks bedürfe, bereits hinweggesetzt? Wenn die fünf Zeugen der Mancipation, wie allgemein angenommen wird, die Vertreter der fünf Censusklassen des römischen Volks sind, so bleibt das Mancipationstestament jener ursprünglichen Idee treu, die Kraft desselben beruht dann auf der

vom Volk durch seine Vertreter ertheilten Approbation. Es liegt auf der Hand, daß jene Deutung der fünf Zeugen als Volksrepräsentanten durch das Vorhandensein eines Falles, in dem dieselben nachweisbar an die Stelle des gesammten Volks treten, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit gewinnt. Operiren wir mit dieser Idee, daß diese Zeugen das Volk repräsentiren, weiter, so führt sie uns zu dem Resultat, daß die Mancipation [58]) das Mittel ist, um rechtlichen Geschäften auf leichte Weise den Charakter öffentlicher Garantie zu verleihen. Vielleicht pflegte man früher auch für wichtige Dispositionen unter Lebenden ähnlich wie bei Testamenten sich den Schutz des Volks zusichern zu lassen; wie es sich damit aber auch verhält, kurz die durch mancipatio begründeten Rechte stützen sich auf die Autorität des Volks, wir können sie „öffentlich garantirte" nennen. [58a])

Ist das Gesagte richtig, so hat die Zuziehung der testes bei allen Mancipationsgeschäften nicht bloß die Wirkung, lediglich sie, sondern durch sie das ganze Volk in der oben angegebenen Weise zu betheiligen. Kränkung, Verletzung eines solchen Rechts, Widerstand gegen die in Folge derselben vom Berechtigten vorgenommene Selbsthülfe ist daher ein Angriff gegen das römische Volk, ein Attentat gegen die anerkannte Rechtsordnung. Aber ist das Recht stets in allen diesen Fällen ein evidentes? Bei

---

58) Es ist bereits oben bemerkt, daß das Nexum nur eine Anwendung der Mancipation auf obligatorische Zwecke enthält, darum braucht das Nexum nicht besonders genannt zu werden.

58a) Für die Idee, daß mittelst der fünf das Volk in seinen fünf Classen repräsentirenden Zeugen das Mancipationsgeschäft unter öffentliche Autorität gestellt werde, hat sich jetzt auch Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1. 1864. S. 157 ausgesprochen. Ob man mit ihm sagt: es erfolge die Uebertragung des Eigenthums „unter öffentlicher Beglaubigung", sie stütze sich auf „Volkszeugniß", oder mit mir: sie werde unter die Garantie des Volks gestellt, verschlägt nicht viel. Wer das Volk als Zeugen wünschte, verfolgte eben damit einen höhern Zweck, als wir ihn heutzutage bei unsern Zeugen im Auge haben — darauf bitte ich bei Prüfung meiner Ansicht immer zurückzukommen.

dem Schuldner, der ſich in Form des Nexum zur Zurückzahlung der erhaltenen oder als erhalten anerkannten Summe verpflichtet hat, allerdings; er hat ſich ſelber bereits das Urtheil geſprochen. Bei der mancipatio dagegen hängt das Recht nicht lediglich von dem Akt, ſondern zugleich von dem Eigenthum des Beſtellers ab. Möglich iſt es, daß letzterer die Sache geſtohlen hat, und daß der vermeintliche Berechtigte dem wirklichen oder ebenfalls nur einem vermeintlichen Berechtigten gegenüber ſteht. Da kommen von beiden Seiten die fünf Zeugen, welche den Akt der Mancipation bezeugen (superstites). Soll es hier zur Selbſthülfe kommen? Sie wäre ein reines Spiel der Gewalt, der Stärkſte würde ſiegen. Da greift die Obrigkeit in den Kampf ein und gebietet ihm Halt (mittite ambo hominem); der Streit der Fäuſte, das manum conserere, endet mit der Einleitung des Prozeſſes (§. 12).

4. Die Formen und der Umfang der legalen Selbſthülfe.

Die ſolennen Formen der Selbſthülfe: die manus injectio und die pignoris capio — Prozeſſualiſche Beſtreitung ihrer Rechtsmäßigkeit (Impugnations- und Juſtificationsverfahren) — Die formloſe Selbſthülfe.

XI[c]. Die Selbſthülfe erſcheint im ältern Recht in dreifacher Geſtalt: als ſolenne, welche an die Beobachtung einer gewiſſen Form geknüpft iſt; als formloſe, bei der es deſſen nicht bedarf, und als reiner Scheinakt, bei dem ſie zur bloßen Form herabgedrückt iſt. Die erſtere, die gleich der dritten im neuern Recht völlig abgeſtorben iſt, wird den Hauptgegenſtand der folgenden Ausführung bilden, und zwar werden wir uns dabei, ohne minder wichtiger Akte zu gedenken, auf die zwei Hauptfälle derſelben: die manus injectio und die pignoris capio beſchränken.

Das Aeußerliche dieſer beiden Akte iſt allbekannt. Die manus injectio beſtand in der Bemächtigung der Perſon des Schuld-

ners, die pignoris capio in einer Pfändung ſeiner Sachen, die eine war alſo ein Akt der Perſonal-, die andere ein Akt der Realexecution. Beide waren an gewiſſe Vorausſetzungen und Formen gebunden, die uns hier nicht weiter intereſſiren. Dagegen iſt es ein anderer Punkt, der bisher die gebührende Beachtung noch nicht gefunden hat und uns eben darum zu einem nähern Eingehen auffordert.

Bei der Schilderung des älteren Prozeſſes der Legis Actionen berichtet Gajus (IV, 12), daß es fünf Arten deſſelben gegeben habe („modi quibus lege agebatur") und als zwei derſelben nennt er die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem. Wären letztere nun nichts als Akte der ſolennen Selbſthülfe geweſen, hätten ſie nicht zu einem prozeſſualiſchen Verfahren führen können, ſo wäre jene Claſſification, die ſie mit den übrigen Prozeßarten auf eine Linie ſtellt, in meinen Augen von dem Vorwurf eines groben logiſchen Verſtoßes gar nicht frei zu ſprechen. Eine außergerichtliche Pfändung ließ ſich doch unmöglich als eine Art des Prozeſſes, die Execution des geſprochenen Urtheils durch manus injectio nicht als neuer Prozeß bezeichnen.

Unſere Wiſſenſchaft hat an dieſem ſo gewichtigen Bedenken meines Wiſſens bisher keinen Anſtoß genommen, jedenfalls nicht den Verſuch gemacht, es zu erledigen. Die legis actio per pignoris cap. insbeſondere wird ganz allgemein als außergerichtlicher Akt der Selbſthülfe aufgefaßt, bei dem es zu einem Prozeß nie gekommen ſei.[59]) Es iſt Zweck der folgenden Darſtellung, den Nachweis zu liefern, daß die beiden genannten Legis Actionen in der That wirkliche Prozeßarten geweſen ſind. Freilich nicht

59) Puchta, Curſus der Inſtit. II. §. 162; Keller, Röm. Civilprozeß §. 20; Rudorff, R. Rechtsgeſch. §. 25. In conſequenter Durchführung dieſer Idee ſchließt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 90 die pignoris capio ſogar von dem Syſtem des alten Prozeſſes völlig aus und behandelt ſie bei Gelegenheit der Selbſthülfe.

ſchlechthin, wie die drei übrigen, ſondern nur bedingt, nämlich wenn dem Gläubiger das Recht zur Vornahme der Selbſthülfe beſtritten ward. In dieſem Fall kam es zu einem Prozeß, in dem der Gläubiger das ihm beſtrittene Recht zu beweiſen, den einſeitig vorgenommenen Akt zu juſtificiren hatte. Im entgegengeſetzten Fall bedurfte es deſſen nicht.

Rückſichtlich der manus injectio iſt uns dies von Gajus (IV, 21—25) ausdrücklich bezeugt. Nachdem der Gläubiger dieſen Akt am Schuldner, wo er ihn gerade traf, vollzogen hatte, ſollte er ihn vor Gericht führen [59a]) — nicht etwa wie man wohl angenommen hat, um ihn ſich hier vom Prätor addiciren zu laſſen[59b]) — ſondern weil die definitive Entſcheidung über den ferneren Verlauf nur vor Gericht erfolgen konnte. Fügte ſich der Schuldner, ſo hatte das Gericht nichts weiter mit ihm zu thun. Der Gläubiger nahm ihn mit zu Haus und feſſelte ihn, ohne daß es dazu der obrigkeitlichen Ermächtigung bedurft hätte. Wozu auch? Er war ja geſtändig und wußte, was ſeiner harrte.

Im entgegengeſetzten Fall aber, wenn er der manus injectio

59a) Worte der XII Tafeln bei Gell. XX, 1, 45: aut quis endo in eo jure vindicit. (Bruns fontes juris Rom. ant. p. 16).

59b) In den XII Tafeln iſt von einer Addiction des Magiſtrats nicht die Rede, es heißt hier einfach: ni judicatum facit aut quis endo eo injure vindicit, ducito, und auch Gaj. IV, 20 ſagt: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur, und ebenſo §. 25 daſelbſt, ohne einer darauf gerichteten Verfügung des Prätors Erwähnung zu thun. Ob dieſen gewichtigen Zeugniſſen gegenüber der Bericht von Gellius XX, 1, 44 ad Praetorem ducebantur et ab eo . . . addicebantur eine ſonderliche Autorität beanſpruchen kann, überlaſſe ich dem Urtheil eines Jeden. Wenn von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 118 Note 12 frägt: „Aber wozu dies in jus ducere, wenn der Kläger keine Anerkennung ſeines Rechts durch den Staat bedurfte?“ ſo verweiſe ich auf Note 59a: Der vindex kann nur „in jure“ auftreten, und da jede manus injectio die Möglichkeit ſeines Auftretens offen laſſen muß, ſo kann der definitive Ausgang derſelben nur in jure entſchieden werden. Daraus ergibt ſich der Ungrund der Unterſcheidung, die derſelbe Schriftſteller S. 160 zwiſchen dem judicatus und nexus aufſtellt.

einen Widerſtand entgegenſetzte, ich meine nicht einen factiſchen, ſondern einen rechtlichen, d. h. wenn er das Daſein ihrer Vorausſetzungen: die Exiſtenz, den Betrag der Schuld, die Beobachtung der geſetzlichen Friſten, kurz wenn er ihre Rechtmäßigkeit beſtritt, in dieſem Fall kam es nach dem Recht der XII Tafeln darauf an, ob er Jemanden fand, der ſtatt ſeiner dieſen Prozeß übernehmen wollte; er ſelber ward als Prozeßpartei nicht zugelaſſen, mit ſeinem Stellvertreter, dem Vindex, ward dann der Prozeß ſofort anhängig gemacht. Dafür aber, daß dieſer die Execution des Gläubigers aufgehalten hatte, haftete er im Unterliegungsfall zur Strafe ganz ſo, wie der Schuldner, alſo neben ihm, woraus ſich ergiebt, daß er in dieſem Prozeß die Rolle des Beklagten inne hatte. Fand ſich kein Vindex, ſo war der Widerſpruch des Schuldners wirkungslos; er ward ganz wie im obigen Fall vom Gläubiger abgeführt. Die Härte dieſer Einrichtung iſt nicht ſo groß, wie es auf den erſten Blick erſcheinen könnte. Wer eine gerechte Sache hatte und ſeine Freunde und Verwandte davon zu überzeugen vermochte, dem konnte es an einem Vindex ſo leicht nicht fehlen; war es doch eine Ehrenpflicht einem bedrängten Verwandten in ähnlichen Fällen beizuſpringen (§ 14,. Fand ſich in ihrer Mitte Niemand, der des Rechts genugſam kundig war, um den Prozeß zu führen, ſo war es nicht ſchwer, eine geeignete Perſon zu gewinnen, wenn man ihr nur das Riſico abnahm, alſo die nöthige Deckung einhändigte oder zuſicherte. Nur wenn der Beklagte weder ſelber die Mittel hatte, um in dieſer Weiſe ſich eines Vindex zu verſichern, noch auch Verwandte oder Freunde beſtimmen konnte in der einen oder andern Form ſich ſeiner anzunehmen, nur in dieſem Falle war ihm der Rechtsweg abgeſchnitten. Aber war ihm nicht eben damit, daß er Niemanden gewinnen konnte, der ſich auf ſeine Seite ſtellte, ſelbſt unter denen nicht, welche Sitte und Ehre verpflichtete bei gerechter Sache zu ihm zu halten, war ihm nicht eben damit das Urtheil bereits geſprochen? Es war ein ganz ähnliches Verhältniß, wie wenn im germaniſchen Prozeß Jemand

keine Conſacramentalen finden konnte. Beide Inſtitute, das des Vindex und der Conſacramentalen hatten ganz denſelben Zweck, den einer Garantie gegen frivoles Prozeſſiren; ſie ſtellten den ſtreitenden Theil unter die Controle ſeiner Freunde und Verwandten. Spätere Geſetze ſchufen im römiſchen Prozeß für gewiſſe Fälle eine Erleichterung, indem ſie dem Beklagten verſtatteten: manum sibi depellere d. h. als ſein eigener Vindex aufzutreten (manus injectio pura). Die Einführung dieſer neuen Prozeßform und die Beibehaltung des Namens wäre unerklärlich, wenn nicht das Charakteriſtiſche des urſprünglichen Verfahrens: die Strafe, die den unterliegenden vindex traf, beibehalten worden wäre; mit dem Recht war auch die Haftung des vindex auf ihn übergegangen.[59c])

Aus dem bisherigen erhellt, daß man von einer legis actio per manus injectionem im Sinn einer Prozeßart nur dann reden konnte, wenn der Beklagte mit oder ohne vindex die Rechtmäßigkeit der manus injectio beſtritt; nur hier ward der Prätor thätig, nur hier kam es zu einem Rechtsſtreit und zu einer Entſcheidung. Im entgegengeſetzten Fall hingegen geſchah Nichts von alle dem, die manus injectio war dann vielmehr nichts weiter als ein ſolenner Akt der Selbſthülfe. Iſt es eine gewagte Vermuthung, daß den alten Juriſten bei der Benutzung des obigen Ausdrucks nur der erſte Fall vor Augen geſchwebt habe? In der Darſtellung des Gajus erſcheint das „vindicem dare, qui pro se causam agere solebat“ offenbar als das Normale, als das, was ſich zunächſt an die manus injectio anreiht, das „domum

---

59c) So auch Keller, Civilprozeß §. 19 und Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 163; a. M. Rudorff, Röm. Rechtsgeſch. II. §. 24. Als Beiſpiele der manus injectio pura nennt Gaj. IV, 23 die lex Marcia adversus feneratores und die lex Furia testamentaria; bei beiden iſt die Strafe für das frivole Prozeſſiren (die hier auf das Vierfache geſteigert war) ausdrücklich bezeugt, III, 105. Dieſe Folge, in ſpäterer Zeit mit dem Ausdruck: lis inficiando crescit in duplum bezeichnet, ward auch in Fällen eingeführt, wo nie eine manus injectio Statt gefunden hatte.

duci et vinciri" nennt er erst in zweiter Linie und bei der manus injectio pura erwähnt er es überhaupt nicht einmal.

Die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung zwischen der manus injectio als Prozeßart und als solennem Akt der Selbsthülfe wird nicht unerheblich dadurch unterstützt, daß der Ausdruck manus injectio und manus injicere sowohl von juristischen als nichtjuristischen Schriftstellern nicht selten lediglich in letzterm Sinn gebraucht wird, vor allem in Anwendung auf Sklaven, [60]) bei Gelegenheit der vindicatio in servitutem und bei Geltendmachung sonstiger Rechte — Anwendungsfälle, in denen man mit Recht das Dasein einer legis actio (im Sinn eines prozessualischen Verfahrens) bestritten hat. [60a]) Für unsern gegenwärtigen Zweck haben diese Anwendungsfälle jedenfalls das Interesse uns zu zeigen, daß der Bereich der manus injectio als eines rechtlich gestatteten Aktes der Selbsthülfe mit dem Umfang, in dem sie bei Gajus a. a. O. erscheint, nämlich in Anwendung auf die Execution von Geldforderungen nicht zusammenfällt. [61])

In dieser letzteren Richtung fand sie nach älterem Recht in drei Fällen unläugbarer Schuld Statt, nämlich auf Grund einer per aes et libram begründeten Forderung (Nexum[62]), wohin auch

---

60) Ein reiches Material bei Brissonius de form. V. c. 19, wozu noch Seneca de constant. c. 5. bona, in quae non est manus injectio und de vita beata c. 23 nihil, quo manus injiciat nachgetragen werden möge. Stellen über die manus injectio an Sklaven s. bei Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 24.

60a) Rudorff a. a. O.

61) In diesem weitern Sinn definirt Serv. ad Virg. X, 419: Manus injectio dicitur, quoties nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

62) Rücksichtlich des Weitern verweise ich auf die Compendien der römischen Rechtsgeschichte. Die XII Tafeln hatten das Nexum als rechtsverbindlich anerkannt (Si nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto), bei Gelegenheit der manus injectio jedoch nur der beiden andern Fälle (aeris confessi rebusque jure judicatis) Erwähnung gethan. Wenn man nicht verkehrterweise annehmen will, daß im erstern

das Legat gehörte; einen anderen angeblichen Fall ſ. unten), ſodann auf Grund der confessio in jure und ſchließlich auf Grund des Urtheils.

Nach heutiger Auffaſſung hätte der Fall der richterlichen Verurtheilung obenan geſtellt werden müſſen, denn ihr zufolge iſt das richterliche Urtheil die normale Vorausſetzung der Execution, die übrigen Fälle der manus injectio erſcheinen ihr nur als ſolche, auf welche die Kraft des richterlichen Urtheils übertragen iſt. Für unſere heutige Zeit und auch für die der klaſſiſchen römiſchen Juriſten iſt dieſe Auffaſſung durchaus richtig, letztere bezeichnen geradezu Eid und Geſtändniß als Surrogate des richterlichen Urtheils. Allein ich halte es für grundfalſch eine ſolche Auffaſſung ins ältere römiſche Recht hinüberzutragen;[63] das Verhältniß zwiſchen dem richterlichen Urtheil und dem Geſtändniß u. ſ. w. war hier gerade das entgegengeſetzte. Das richterliche Urtheil ſtützte ſeine Kraft lediglich darauf, daß der Beklagte daſſelbe im Voraus für verbindlich erkannt hatte. Anſtatt daß nach jener Anſicht die Parthei ihr Recht zur manus injectio mittelbar oder unmittelbar vom Richter hätte ableiten müſſen, empfing letzterer umgekehrt, wie wir ſpäter (§. 12) ſehen werden, ſeine ganze Machtbefugniß erſt aus der Hand der Partheien.

Ob die manus injectio nicht noch in andern Fällen zur Anwendung gelangt ſei, iſt ſtreitig. So zunächſt im Fall des

---

Fall die näheren Modalitäten über die Execution, insbeſondere auch die „dies justi" ganz der Vereinbarung der Partheien überlaſſen bleiben ſollten, ſo wird man in dem „aeris confessi" eine Hinweiſung auf das Nexum zu erblicken haben.

63) Aus Gaj. IV. §. 21—23 folgern zu wollen, daß nach dem Vorbilde der manus injectio judicati jede andere im älteren Recht pro judicato genannt worden ſei, womit die obige Anſicht bewieſen wäre, halte ich für verkehrt. Denn Gajus beſchränkt ſich bei ſeiner Darſtellung auf die species der manus injectio judicati und deren Nachbildungen, und letztere nennt er pro judicato; von den andern Anwendungsfällen der manus injectio im ältern Recht hingegen, von denen die wegen nexum ſchon früh unpraktiſch ward, ſpricht er überall nicht.

Eides.[63a]) Wenn die Auffaſſung der ſpätern römiſchen Juriſten, welche den Eid dem Urtheil gleich ſtellen,[63b]) maßgebend ſein könnte, ſo würde die Frage zu bejahen ſein; für den in jure abgeleiſteten Eid boten ſogar die Worte „aeris confessi“ einen geſetzlichen Anhaltspunkt, denn wer unter der Bedingung eines vom Gegner abzuleiſtenden Eides zu zahlen verſprochen hatte, mußte nach erfüllter Bedingung als confessus gelten. Daß durch gerichtliches Bekenntniß nicht bloß eine beſtehende Schuld anerkannt, ſondern auch eine nicht beſtehende begründet werden konnte, wird nicht zu bezweifeln ſein.[63c])

Ein anderer zweifelhafter Fall, den man hierher hat ziehen wollen,[63d]) iſt der der actio auctoritatis. Wer eine res mancipi verkauft und mancipirt hatte, haftete im Fall der Eviction für den doppelten Kaufpreis. Der Umſtand, daß dieſe Klage von vornherein auf das Doppelte ging,[63e]) nicht erſt in Folge des Läugnens ſich zu dieſem Betrage ſteigerte, ſowie daß ſie durch wirkliche Zahlung des Kaufpreiſes bedingt war, welche zu beweiſen ſtand, ſchließt in meinen Augen den Gedanken an die manus injectio aus. Hätte letztere hier zur Anwendung gelangen ſollen, ſo hätte dieſer doppelte Betrag ſich nochmals verdoppeln müſſen, was eben ſo wenig wahrſcheinlich, als bezeugt iſt. Richtiger dürfte die Strafe des Doppelten an die Idee des furtum nec manifestum angeknüpft werden; der Verkäufer hatte den Verſuch gemacht, den Käufer um den Kaufpreis zu bringen.

In den XII Tafeln ward die manus injectio auch gegen den-

63a) Verneint von Rudorff, Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw. XIV. S. 347 fl. und Rechtsgeſch. a. a. O., bejaht von mir in der erſten Auflage dieſes Werkes.

63b) S. die Stellen in Note 70.

63c) Hierauf macht Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 157 aufmerkſam. Ob freilich „die geſetzliche Zahlungsfriſt durch Nebenabrede leicht auf den Verfalltag der Schuld erſtreckt“, die triginta dies justi des Geſetzes alſo verkürzt oder verlängert werden konnten, iſt mir ſehr zweifelhaft.

63d) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 161.

63e) So bezeugt wenigſtens Paul. S. R. II, 11. 3.

jenigen verſtattet, welcher ſich weigerte, der an ihn ergangenen in jus vocatio Folge zu leiſten. War dies eine manus injectio in unſerm obigen Sinn? [63f])

Unter dieſer Vorausſetzung würde der Beklagte als geſtändig oder verurtheilt gegolten haben, und hätte nur vermittelſt eines vindex in der oben angegebenen Weiſe den Prozeß aufnehmen können. Oder bedeutete die manus injectio hier bloß die Anwendung phyſiſcher Gewalt? [64]) Für die erſte Annahme ſpricht das Bedürfniß der Androhung einer Strafe gegen eine ſolche Widerſetzlichkeit; [64a]) war letztere ſtraflos, ſo konnte der Beklagte es immerhin verſuchen ſich der in jus vocatio zu entziehen und damit die Einleitung eines Verfahrens zu verhindern. Und geſchah ihm etwa Unrecht, wenn man in ſeiner Weigerung die Sache zur gerichtlichen Verhandlung gelangen zu laſſen, ein ſtillſchweigendes Einverſtändniß erblickte? [64b]) Die Gegner vermögen dieſer Anſicht nichts weiter als den Mangel eines ausdrücklichen Zeugniſſes entgegenzuſetzen. Für die Frage von der Ausdehnung der Selbſthülfe im ältern Recht hat übrigens dieſe Differenz gar kein Intereſſe; es genügt, daß der Kläger auch in dieſem Fall zur Anwendung von Gewalt berechtigt war.

Wenden wir uns nunmehr der pignoris capio zu, von der die fünfte legis actio in der Darſtellung des alten Prozeſſes bei Gajus ihren Namen trägt. Für gewiſſe Forderungen von theils religiöſer, theils militäriſcher, theils politiſcher Beziehung durfte der Berechtigte einſeitig ohne Mitwirkung der Obrigkeit und ſelbſt in Abweſenheit des Gegners ein Pfand nehmen (Gaj. IV, 27. 28)

63f) So Puchta, Curſus der Inſtit. II. §. 160.

64) So Keller, Der röm. Civilprozeß §. 46, Rudorff, Röm. Rechtsgeſch. II. S. 209, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 106.

64a) Im ſpätern Recht anerkannt: l. 2 §. 1. si quis in jus vocat. (2. 5) ex causa . . multa . . damnabitur. Gaj. IV, 46. Das Bedürfniß der Strafe ſcheint ſelbſt von den Vertheidigern der entgegengeſetzten Anſicht gefühlt zu werden, ſo z. B. von Rudorff a. a. O., der für die ältere Zeit von „ebenſo unzulänglichen als tumultuariſchen Auftritten" ſpricht.

64b) Liv. III 57 Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere.

eine Form der Selbſthülfe, die gleich dem römiſchen auch manche andere Rechte aus der Urzeit mit hinüber genommen haben. [64c]) Wie oben bemerkt, ſo faßt man jene legis actio ganz allgemein als einen reinen Akt der Selbſthülfe auf, bei dem es zu einem gerichtlichen Verfahren überall nicht gekommen ſei. Der Berechtigte, meint man, habe das Pfand verkauft, wenn es nicht eingelöſt ward; über die Einlöſung aber hätten beſtimmte Regeln beſtanden.

Daß die Pfändung dieſen Verlauf nehmen *konnte*, iſt unzweifelhaft; wozu ein Prozeß, wenn der Gepfändete das Recht des Gegners anerkannte? Allein wie, wenn dies nicht der Fall war? An dieſe Möglichkeit ſcheint die herrſchende Anſicht gar nicht gedacht zu haben, und auch Gajus erwähnt derſelben nicht. Und doch iſt es klar, daß das alte Recht auch ſie berückſichtigt haben muß, denn ſonſt hätte ja Jeder aufs Gerathewohl pfänden können, und der Gepfändete hätte das Nachſehen gehabt. Eine legis actio per pignoris capionem ohne die Garantie ihrer Rechtmäßigkeit d. h. ohne ein Verfahren, welches die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit zum Gegenſtand hatte, wäre ein Freibrief zur Vornahme willkührlicher Pfändungen, zu Raub und Gewalt geweſen. Kurz was uns für die Perſonalexecution ausdrücklich bezeugt iſt, muß auch für die Realexecution gegolten haben; wie dem Akt der manus injectio, ſo muß ſich auch dem der pignoris capio erforderlichen Falles ein Verfahren angeſchloſſen haben, das die Prüfung ſeiner Rechtmäßigkeit zum Zweck hatte. Daß dies Verfahren in gleicher Weiſe, wie das über die manus injectio eingeleitete als legis actio per manus injectionem bezeichnet ward, nach dem Namen des Aktes, der dazu Veranlaſſung bot, *legis actio per pignoris capionem* genannt worden ſei, dürfte ſchwerlich als gewagte Vermuthung gelten.

64c) So z. B. das *griechiſche* (*Heffter*, Athen. Gerichtsverfahren S. 454, *Meier* und *Schömann*, Attiſcher Prozeß S. 747), das germaniſche und engliſche (*Wilda*, Zeitſchr. f. Deutſch. R. I. S. 167 fl., *Rüttimann*, der engliſche Civilprozeß S. 10 fl.) Das däniſche (zu Gunſten öffentlicher Laſten) K. *Maurer*, Krit. Vierteljahrsſchr. 13, 372.

Man könnte ſich daſſelbe nun in der Weiſe denken, daß der Gepfändete dabei die Rolle des Klägers inne gehabt hätte, etwa nach Art der act. negatoria. Es läßt ſich, wie ich glaube, mehr als wahrſcheinlich machen, daß das Gegentheil Statt fand. Zu den Forderungen, welchen das Privilegium der pignoris capio zur Zeit des Legisactionenprozeſſes zuſtand, gehörte auch die der Publikanen auf Entrichtung der Zölle (Gaj. IV, 28). Dies Privilegium verblieb ihnen auch nach Einführung des Formularprozeſſes,[65]) und es iſt uns eine Notiz aufbewahrt (Gaj. IV, 32) über die prozeſſualiſche Geſtalt, die es hier an ſich trug. Der Publikane klagte gegen den Gepfändeten auf Einlöſung des Pfandes zu dem Satz, der dafür von altersher hergebracht war, alſo offenbar auf mehr als auf den einfachen Zollſatz. Wenn Gajus nun dieſe Klage als eine actio fictitia, die der legis actio per pignoris capionem nachgebildet ſei, bezeichnet,[66]) ſo kann dieſe Fiction den Sinn haben, entweder: der Publikane hat die Klage, auch wenn er nicht gepfändet hat, gleich als ob er es gethan hätte — oder aber: er hat die Klage nur, wenn er gepfändet, gleich als ob er es nach altem Rechte gethan. Ohne die erſtere Annahme auszuſchließen, glaube ich doch mit Bezug auf die Stelle von Cicero in Note 65 auch die zweite vertheidigen zu dürfen. Wenn Cicero hier den bekannten juriſtiſchen Sprachgebrauch, dem zufolge petitor den Kläger, possessor den Beklagten bezeichnet, beobachtet hat, ſo hat er mit den Worten: quum in his omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse auch dem pfändenden Publikanen die Rolle des Klägers zugewieſen.[67])

---

65) S. z. B. Cic. in Verrem III 11, 27: publicanus petitor ac pignerator.

66) Dies geht insbeſondere auch aus dem Gegenſatz des §. 33 daſelbſt hervor: nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur.

67) Die Stelle iſt neuerdings behandelt von Degenkolb, Die lex Hieronica. Berlin, 1861. S. 52 fl.

Diese für den Formularprozeß bezeugte Klage ist es, die ich als legis actio per pignoris capionem in den Legisactionenprozeß zurückversetze. Aber wozu, kann man fragen, eine solche Klage? Etwa um den Gegner zur Einlösung zu zwingen, angenommen nämlich, daß es dem Gläubiger nicht freistand, das Pfand zu verkaufen? Diese Annahme enthält vom Standpunkt des älteren Rechts aus durchaus keine Unwahrscheinlichkeit, denn es ist bekannt, daß selbst das vertragsmäßige Pfand das Verkaufsrecht ursprünglich nicht in sich schloß; um wie viel weniger, möchte man folgern, das einseitig ergriffne. Wie es sich damit aber auch verhalte — unter allen Umständen bot die Klage dem Beklagten die oben (S. 159) postulirte rechtliche Form, die Rechtmäßigkeit der Pfändung zu bestreiten. Der Kläger, der die Einlösung von ihm begehrte, hatte nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen seines Anspruchs, also die Existenz und den privilegirten Charakter sowie den Betrag seiner Forderung zu beweisen, die Klage gestaltete sich also eben damit zu einem Impugnations- und Justificationsverfahren in Bezug auf die vorgenommene pignoris capio. Es ist aber klar, daß dieses Mittel nur unter der Voraussetzung ein ausreichendes war, wenn es nicht bloß vom Kläger, sondern auch vom Beklagten abhing, ob es zur Klage kommen sollte. Es bedarf nur der Verweisung auf die entsprechende Gestalt der legis actio per manus injectionem, um diese Annahme einer Verpflichtung zur Klage gegen den Vorwurf des Gezwungenen und Unnatürlichen zu rechtfertigen. Stieß die manus injectio auf Widerspruch, so mußte der Gläubiger und zwar als Kläger (S. 153) sie justificiren. In beiden Fällen, kann man sagen, constituirte sich derjenige, welcher die Selbsthülfe vorgenommen hatte, eben damit eventuell zugleich als Kläger für das Justificationsverfahren.

Habe ich hierin das Richtige getroffen, so sind damit zwei Fragen, auf die man bisher nicht einmal den Versuch gemacht hat eine Antwort zu ertheilen, in befriedigender Weise gelöst. Zuerst nämlich die: wie kam die legis actio per pignoris capionem

dazu unter den Prozeßarten zu figuriren? Und ſodann die: welchen rechtlichen Weg gab es für den Gepfändeten ſich gegen eine unrechtmäßige Pfändung zu ſchützen? Zugleich gewinnen damit die beiden Legisactionen zum Zweck der Privatexecution eine unerwartete Uebereinſtimmung unter ſich und einen ſcharfen Gegenſatz zu den drei übrigen. Beide fallen nämlich zuſammen unter den Geſichtspunkt eines durch die Einſprache des Gegners veranlaßten Juſtificationsverfahrens für einen Act der ſolennen Selbſthülfe; bei beiden hat der Gläubiger die Rolle des Klägers zu übernehmen. Nur darin unterſcheiden ſie ſich, daß bei der manus injectio, wo die Einſprache des Gegners ſofort laut werden kann, auch das Verfahren ſelber ſofort anhängig gemacht werden ſoll, während dies bei der pignoris capio, die auch in Abweſenheit des Gepfändeten ſtatthaft war, erſt hinterher möglich war. Ob die ältere Jurisprudenz den Namen einer legis actio auf beide auch in dem Fall angewandt habe, wenn ſie zu einem prozeſſualiſchen Verfahren überall nicht führten, möge dahin geſtellt bleiben; jedenfalls ſchloſſen ſie im Moment ihrer Vornahme die Möglichkeit eines ſolchen — den erſten grundlegenden Akt — in ſich und konnten daher mit Rückſicht darauf immerhin legis actiones, d. h. Einleitungsformen des Prozeſſes genannt werden.

Fände der Begriff der Selbſthülfe auf die Staatsbehörde und deren Akte Anwendung, ſo müßte den beiden bisher erörterten Fällen der Privatexecution noch die Execution der Anſprüche des Staats hinzugefügt werden, die regelmäßig rein auf dem Wege der Verwaltung ohne Beſchreitung des Rechtsweges erfolgte.[68] Ausnahmsweiſe ward jedoch auch für ſie der Rechtsweg dem Gegner eröffnet, dann nämlich, wenn der Anſpruch gegen ihn nicht publiciſtiſcher, ſondern privatrechtlicher Natur war, d. h. nicht in dem Subjectionsverhältniß der Bürger zur Staatsgewalt, ſondern in einem von letzterer mit ihnen abgeſchloſſenen Contract ſeinen Grund hatte. Hier, wo der Staat als Privat-

68) von Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 95 ff.

gläubiger dem Schuldner gegenüber ſtand, durfte er ihm billigerweiſe die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs nicht abſchneiden. Es war eine ganz eigenthümliche Form, in der man ſie ihm gewährte. Die Staatsbehörde nämlich trat nicht ſelbſt als Klägerin auf; ob, weil ſie es nicht für geziemend hielt ſich mit einer Privatperſon in einen Prozeß einzulaſſen und ſich der Gefahr des Unterliegens auszuſetzen, oder weil man die Unbefangenheit des Richters und das Intereſſe der Vertheidigung durch das Uebergewicht, das ſie über den Beklagten beſaß, für gefährdet hielt, bleibe dahin geſtellt; ſie verkaufte und cedirte vielmehr den Anſpruch und ſtellte damit der Privatperſon eine Privatperſon entgegen, die im Wege des gewöhnlichen Verfahrens den Anſpruch verfolgte. Dadurch unterſchieden ſich die Staatsſchuldner „praedes“ von den Privatſchuldnern; „praedes vendere“ hieß nicht ſie ſelber, ſondern die Forderung gegen ſie auf einen Andern übertragen.[68a])

Außer den beiden bisher erörterten Akten der ſolennen Selbſthülfe bietet das älteſte Prozeßverfahren noch einen andern Fall dar, in dem dieſelbe ebenfalls, aber nur als bloßer Scheinakt, zur Erſcheinung gelangt. Es iſt der bekannte S. 150 bereits berührte Scheinkampf, mit dem der Vindicationsprozeß eröffnet wird. Der zur Bezeichnung deſſelben dienende Name vindicatio ſowie die dabei vorkommende vindicta, jener unvermeidliche, hier in einen Stab verwandelte Speer zeigen, daß es ſich dabei um eine vis (vis civilis, festucaria bei Gellius XX 10) handelt;[69]) der Akt wird auch mit manum conserere = Hand-

68a) Das Weitere über das Inſtitut gehört nicht hierher. S. darüber Rudorff a. a. O. II S. 308 und die neueſte Schrift von Rivier, Unterſuchungen über die Cautio praedibus praediisque. Berlin 1863, welcher letztere aber S. 94, ſowie auch Th. Mommſen, Die Stadtrechte der latiniſchen Gemeinden Salpenſa und Malacca S. 473 den eigenthümlichen Sinn des Inſtituts ſchwerlich getroffen haben möchte, wenn er das „praedes vendere“ im wörtlichen Sinn für den Verkauf des Schuldners ſelber nimmt und im Unterſchiede von der gewöhnlichen manus injectio nicht einmal die Möglichkeit einer Vertheidigung des Schuldners offen läßt.

69) Die Wurzel dic bedeutet im Lateiniſchen wie im Sanskrit und Grie-

gemeinwerden bezeichnet. Man hat in dieſer Aufnahme der Gewalt in den Prozeß die Idee ausgeſprochen finden wollen, daß die Gewalt dem Recht weichen müſſe. Aber man könnte wohl mit mehr Recht ſagen: die Gewalt erſcheint den Römern als etwas ſo natürliches und ſo wenig ungerechtes, daß ſie dieſelbe ſelbſt im Prozeß nicht entbehren können. Jener Scheinkampf enthält weniger eine Verurtheilung der Selbſthülfe als umgekehrt einen Beleg dafür, wie tief dieſelbe in der Volksvorſtellung gewurzelt war, eine Reminiscenz aus der Urzeit, die man in den Prozeß mit hinübergenommen hatte, weil man ſich von den Ideen derſelben noch nicht völlig losgeriſſen hatte. Als letzteres geſchehen war, ließ man den Akt fallen; das Verſtändniß für ſeine urſprüngliche Bedeutung fehlte.

Nachdem wir die Formen, in denen die Selbſthülfe als ſolenner Akt im älteſten Prozeß auftritt, dargeſtellt haben, wäre es nunmehr an der Zeit ihr durch das ganze Gebiet des ältern Rechts und auch des Formularprozeſſes zu folgen, um dadurch eine Anſchauung zu gewinnen von der Rolle, die ſie auch in dieſer ſpätern Zeit noch ſpielte, nicht ſowohl weil letztere ein unmittelbares Intereſſe für uns hat, als weil ſie uns zu Schlüſſen auf die älteſte Zeit berechtigt. Ich glaube jedoch dieſen umſtändlichen Weg, der uns vom ältern Rechte auf längere Zeit gänzlich abführen würde, nicht einſchlagen zu ſollen, beſchränke mich vielmehr auf Hervorhebung einiger beſonders charakteriſtiſcher Punkte.

Zu ihnen rechne ich:

1. den Antheil, welchen auch noch der ſpätere Formularprozeß der Thätigkeit des Klägers zum Zweck der Verwirklichung ſeines Rechts einräumt. Der alte Gedanke, daß ein klares unbeſtrittenes Recht die Befugniß zur Verwirklichung durch Privat-

---

chiſchen δείκνυμι (zeigen z. B. dicis causa, digitus, indicare; dicere ſagen iſt = zeigen mit Worten. Vindicare aus vim dicere heißt alſo Gewalt zeigen. S. Pott a. a. O. B. 1 S. 266 und Otfried Müller im Rhein. Muſeum für Jurisprudenz B. V. S. 190 fl.

execution in sich schließe, daß es also Sache des Siegers, nicht der Staatsgewalt sei, das Urtheil zu realisiren, kurz der Gedanke der legalen Privatexecution im Gegensatz zu unserer heutigen richterlichen Execution — dieser Gedanke bildet auch die Grundlage des genannten Prozeßsystems. Der Prätor executirt nicht selber durch seine Lictoren, sondern er ermächtigt den Kläger, die nöthigen Maßregeln selber vorzunehmen, also sich der Person des Schuldners, Kindes, Sklaven zu bemächtigen (duci jubere), sein Vermögen in Besitz zu nehmen (bona possideri jubere; immissio in bona), die zugesprochene Sache ihm wegzunehmen (z. B. beim interd. utrubi). Die Autorisation erfolgt regelmäßig dadurch, daß dem Gegner die Anwendung des Widerstandes gegen diesen Akt der Selbsthülfe untersagt wird — durch ein prohibitorisches Interdict (vim fieri veto, quominus etc.), dessen Wirksamkeit durch Strafandrohung gesichert war. Daß im äußersten Fall die Staatsgewalt ihren Arm lieh, wird sich nicht bezweifeln lassen.[69a]) Aber von vornherein geschah dies nicht; der Kläger mußte selber die Sache in die Hand nehmen — mit dem bloßen Stellen von Anträgen kam er in Rom nicht ab, er mußte handeln. Hatte er doch selber auch den Beklagten vor Gericht zu schaffen.

2. Die Gestaltung der Besitzeslehre. Daß es Selbsthülfe, nicht Selbstvertheidigung ist, wenn der ehemalige Besitzer der Sache, der sie vorübergehend einem Andern anvertraut z. B. vermiethet, verpachtet, geliehen hat, sich dieselbe mit Gewalt wiederum aneignet, daran kann nur der zweifeln, der die Wendung, wodurch die römischen Juristen dem Verhältniß die umgekehrte Gestalt gaben, für die allein mögliche Gestalt desselben hält. Neuere Rechte können ihn vom Gegentheil überführen. Meiner Ueberzeugung nach ist jene juristische Gestaltung der Verhältnisses, wornach der Versuch der Wiedererlangung des factisch

69a) Liv. III 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 191.

verlorenen Besitzes unter den Gesichtspunkt der Behauptung des juristisch noch bestehenden, also der Selbstvertheidigung gebracht wird, nur eine im Interesse der alten Ideen über Selbsthülfe erfundene Form. Einen andern Anwendungsfall der Selbsthülfe enthält das Verhältniß des possessor justus zum injustus. Indem das Recht letzteren jenem gegenüber für schutzlos erklärt, ist dieser eben damit ermächtigt gewaltsam gegen ihn vorzuschreiten, nur nicht mit gewaffneter Hand. (Ausschließung der exc. vitiosae possessionis beim interd. de vi armata.)

3. Der Mangel einer Strafe für die Selbsthülfe in Fällen, wo man gesetzlich nicht dazu berechtigt war. Dem Eigenthümer stand es nicht frei, seine in fremdem Besitz befindliche Sache statt zu vindiciren einfach wegzunehmen, ebensowenig dem Gläubiger, die geschuldete Sache dem Schuldner mit Gewalt zu entreißen. Allein was geschah ihnen, wenn sie es dennoch gethan hatten? Sie konnten mit einer possessorischen Klage zur Rückgabe genöthigt werden, aber es traf sie, so viel wir wissen, keine Strafe. Ja, wer den Schuldner durch Drohungen zur Zahlung genöthigt hatte, konnte, selbst nachdem das prätorische Edict eine Klage wegen Erpressung (act. quod metus causa) eingeführt hatte, nicht einmal auf Rückgabe in Anspruch genommen werden.[69b]) Nur, wenn der Prätor durch ein prohibitorisches Interdict die Anwendung von Gewalt im einzelnen Fall ausdrücklich verboten, folgte im Uebertretungsfall die Strafe. Erst in späterer Zeit gegen das Ende der Republik (leges Juliae de vi privata und publica) und in der Kaiserzeit (Decretum Divi Marci und dessen Ausdehnungen) ward die Selbsthülfe — von einzelnen Ausnahmsfällen abgesehen, principiell verboten und mit zum Theil sehr harten Strafen belegt.

Deutlicher als in diesem Gegensatz der völligen Straflosigkeit der Selbsthülfe im älteren, und ihrer strengen Bestrafung im

69b) L. 1 §. 2 quod met. causa (4. 2). Die wenn auch erzwungene Zahlung einer wirklich begründeten Schuld ward nämlich nicht als erlittener Verlust betrachtet, und eines solchen bedurfte es für diese Klage.

neuern Recht kann sich die Verschiedenheit der Anschauung der alten und der neueren Zeit in Bezug auf sie nicht ausprägen.

C. Friedliche Ausgleichung des Rechtsstreits.

Vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten — Eid und Schiedsrichter — Unterwerfung unter den Richterspruch (litis contestatio).

XII. Das Bedürfniß einer Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten hat sich nicht überall auf dieselbe Weise befriedigt. Bei einigen Völkern ist es die Gottheit, an die man sich zu diesem Zweck wendet, und die durch Gottesurtheile, Orakel, Loos u. s. w. die Entscheidung abgibt; bei andern ist es die Obrigkeit, die um Hülfe angegangen wird. In beiden Fällen aber unterwerfen sich die Partheien einer höhern Macht. Einen ganz andern Weg hat von Altersher das römische Volk eingeschlagen, und die Entwicklung der Folgezeit hat diesen Gedanken der Urzeit nicht zu verdecken vermocht. Es ist der der vertragsmäßigen Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten. Der Berechtigte, dem das Recht vom Gegner bestritten ward, proponirte ihm die Einholung des Schiedsspruchs eines unpartheiischen Dritten oder er überließ die Entscheidung seiner eigenen Gewissenhaftigkeit, d. h. er schob ihm über die Nichtexistenz seines Rechts den Eid zu.[70] Ging letzterer auf den einen oder andern Vorschlag ein, so verstand sich das weitere von selbst; die durch den Schiedsrichter oder den Eid bewirkte Entscheidung stützte sich auf beiderseitige

70) Dieser Gesichtspunkt, daß der Kläger den Gegner durch Eideszuschiebung zum Richter mache, wird öfters ausgesprochen, l. 1 pr. Quar. rer. (44. 5.) Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei jusjurandum. L. 28 §. 2 de jud. (5. 1). Quintil. I. O. V. 6. §. 4. litis adversarium judicem facit.

Einwilligung, war alſo für beide Theile bindend, ſie begründete zweifelloſes Recht und damit die Befugniß zur Selbſthülfe. Wie aber, wenn der Gegner jenen Vorſchlag des Berechtigten zurückwies? Durch dieſe Weigerung brach er ſelber über ſich den Stab; denn warum ſich weigern, wenn er von ſeinem Rechte überzeugt war? Er bewies, daß er zur Gerechtigkeit ſeiner Sache kein Vertrauen hatte, und man that ihm, der dem Gegner damit jede Möglichkeit der Entſcheidung abſchnitt, kein Unrecht, wenn man in ſeiner Weigerung ein indirectes Eingeſtändniß ſeiner Schuld fand.[70a]) Die Selbſthülfe (wenn auch vielleicht nicht die legis actio per manus injectionem; ſ. S. 158) hatte gegen ihn freien Lauf.[70b])

Das Inſtitut der Schiedsrichter ſowie der außergerichtliche Eid ſchloſſen das Syſtem der Selbſthülfe ab, indem ſie dem vermeintlich Berechtigten die Möglichkeit gewährten, entweder den Streit zur Entſcheidung zu bringen oder wenigſtens den Gegner moraliſch in die Enge zu treiben und ihn durch ſeine Weigerung zum indirecten Geſtändniß ſeines Unrechts zu zwingen. Beide Mittel waren in Rom noch in ſpäter Zeit außerordentlich populär und üblich,[71]) beide kehren in ſolenner Form im altrömiſchen Prozeß wieder. In letzterem erblicke ich nichts als den in geregelte und feſte Formen gebrachten Niederſchlag dieſer längſt vor ihm beſtandenen vertragsmäßigen Entſcheidung des Rechtsſtreites durch die Partheien ſelbſt. Der außergerichtliche Eid wird zum gerichtlichen, der Schiedsrichter zum öffentlichen Richter, ohne daß beide damit ihr früheres Weſen aufgeben.

Unſer heutiger Richter leitet ſeine Machtbefugniß vom Staat, nicht von der freiwilligen Unterwerfung der Partheien ab, und

---

70a) Liv. III 57 si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere. L. 48 de jurejur. (12. 2): manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

70b) Nach den XII Tafeln: Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito; si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.

71) O. E. Hartmann, der Ordo judiciorum I S. 105 ff.

seine Machtbefugniß besteht nicht bloß darin, das Recht zu constatiren, es zu weisen, sondern es zu verwirklichen.

Von dem ist beim römischen Richter keine Rede; was wir bei ihm finden, sind dieselben Functionen, die jedem Schiedsrichter zukommen. Die auffallende Aehnlichkeit beider veranlaßte einen römischen Juristen zu der Bemerkung: compromissum (Wahl eines Schiedsrichters) ad similitudinem judiciorum redigitur. Für die spätere Zeit mochte es nahe liegen, im Richteramt das Original, im Institut der Schiedsrichter die Copie zu erblicken, für die ältere Zeit wird man das Verhältniß gerade umkehren müssen.

Es mochte öfter vorkommen, daß die Partheien einen Magistrat, der sich durch seine Rechtskenntniß oder Rechtlichkeit auszeichnete, um schiedsrichterlichen Spruch angingen. Die Erfüllung ihres Wunsches von seiner Seite ward ursprünglich als Ehrensache angesehn, zuletzt als amtliche Pflicht.[71a]) Ueberhäufung mit solchen Aufträgen führte den Magistrat darauf, den Partheien eine andere geeignete Person an seiner Statt vorzuschlagen sowie manche Streitigkeiten ein für alle Male zurückzuweisen; auch das spätere Recht kargt mit den Klagen, um wie viel mehr das ältere. Der einzige Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Schiedsrichter und dem vom Magistrat bestellten oder, wenn er selbst erkannte, ihm selbst bestand darin, daß man ersteren um Uebernahme des Auftrages erst ersuchen mußte, des letzteren hingegen in allen

---

71a) Die folgende aus der ersten Auflage unverändert hinüber genommene Darstellung hat, was ich in Bezug auf die gegen sie laut gewordenen Einwendungen bemerke, lediglich den Zweck einer hypothetischen Construction der Urzeit und der Ideen, von denen sie beherrscht war. Für die historische Zeit hebt sich das imperium des mit der jurisdictio versehenen Königs oder Magistrats zu sehr von der im Text dem Richter zugewiesenen Stellung ab, als daß man den Versuch machen könnte, beide auf eine Linie zu stellen. Der Befehl des Prätors im Vindicationsprozeß: mittite ambo hominem zeigt deutlich, daß seine Macht nicht bloß so weit reichte, als die Partheien ihm dieselbe eingeräumt hatten, daß er nicht *unter*, sondern *über* ihnen stand.

Fällen, wo Sitte oder Gesetz seine Mitwirkung eingeführt hatten, gewiß war; im übrigen waren beide sich gleich. Der Schiedsrichter verdankt seine Macht der Wahl der Partheien, ist ein bloßer Mandatar derselben, und seine Function beschränkt sich darauf, Recht zu sprechen, die Verwirklichung desselben bleibt den Partheien selbst überlassen. Ebenso erhält der Richter des ältern römischen Rechts seine Macht nur durch den Auftrag der Partheien. Am evidentesten geht dies daraus hervor, daß ein Prozeß nicht anhängig gemacht werden kann, wenn die Gegenparthei ihre Zustimmung verweigert. Eine Entscheidung des Magistrats oder des von ihm bestellten Richters, der sie sich nicht im voraus unterworfen hat, besitzt für sie keine bindende Kraft. Der Streit, den sie mit dem Gegner hat, ist eine reine Privatangelegenheit, wie dürfte der Magistrat ohne Aufforderung von beiden Seiten sich hineinmischen? So kann also, wenn der Beklagte sich weigert, ein Prozeß gegen ihn gar nicht eingeleitet werden; der Kläger muß sich selbst zu helfen suchen und thut dies, wie wir oben sahen, indem er zur manus injectio schreitet. Hat der Beklagte den Vorschlag des Klägers, richterliche Entscheidung einzuholen zurückgewiesen, so braucht andererseits letzterer, wenn der Beklagte denselben jetzt wieder aufnehmen will, sich nicht mehr darauf einzulassen; die Selbsthülfe hat ihren freien Lauf.

Kann ein Prozeß nicht ohne den Willen des Beklagten anhängig gemacht werden, so ergibt sich daraus, wie das Verhältniß aufzufassen ist, wenn er sich auf denselben einläßt. Der ganze Prozeß beruht auf dem Vertrage der Partheien. Beide werden sich einig über die Person des Richters, den der Magistrat ihnen bestellen soll,[72]) und versprechen sich unter einander, daß es bei dem Ausspruche desselben sein Bewenden behalten soll. Die ent-

72) Neminem, sagt Cicero pro Cluentio c 43, voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

scheidende Kraft, die dem Richterspruch zukommt, beruht also nicht darauf, daß er von einem öffentlichen Richter ausgeht, sondern darauf, daß die Partheien sie ihm im voraus beigelegt haben. Wir können ihren Vertrag als ein bedingtes Versprechen bezeichnen: sie versprechen, daß dem Sieger das werden solle, was der Richter ihm zuerkennen wird.

Die Consequenzen dieser Auffassung sind im ältern Prozeß in ihrer ganzen Strenge durchgeführt. Die alte Verbindlichkeit gilt als erloschen, folglich kann der Kläger die Klage nicht mehr fallen lassen und eine neue anstellen, und der Beklagte ebensowenig durch Vornahme der geforderten Leistung sich der Verurtheilung entziehen. An die Stelle der alten Verbindlichkeit ist durch den Vertrag der Partheien eine neue, bedingte gesetzt, und sie haben fortan nur auf die Erfüllung der Bedingung zu warten. Da diese neue sich auf einen Vertrag stützt, so nimmt die frühere, wenn sie aus einem Delict entstand, bei dieser Metamorphose alle Eigenthümlichkeiten der Obligationen aus Verträgen in sich auf, wird z. B. vererblich, während sie dies früher nicht war.

Der Vertrag, der in dieser Weise zum Fundament des ganzen Prozesses gemacht wird, heißt Litis contestatio; er ward vor dem Prätor unter Aufrufung von Zeugen (contestari) abgeschlossen. Man hat die Vertragsnatur der Litiscontestatio bestritten und ihr die „Natur des Prozesses" entgegengestellt, aus der sich schon mit Nothwendigkeit die Folgen der Litiscontestatio ergeben sollen, gleich als wenn die alten Römer die Natur des Prozesses mit unsern heutigen Augen angesehen hätten und nicht vielmehr überall, wo heutzutage Jemanden auch ohne seinen Willen eine Verpflichtung, ein Nachtheil trifft, erst die ausdrückliche, wenn auch indirect erzwingbare Einwilligung desselben verlangt hätten. Es ist in meinen Augen dem Geiste des ältern Rechts durchaus widerstrebend, daß die Litiscontestatio alle Folgen eines contractlichen Verhältnisses sollte nach sich gezogen haben, ohne selbst ein Contract gewesen zu sein. Man werde sich

nur darüber klar, daß es sich bei derselben nicht um „Unterwerfung" unter den Richter handelte, sondern daß der Richterspruch nichts ist als eine Bedingung, unter der die Partheien sich etwas versprochen haben. Hätten sie ihr Versprechen darauf gestellt, „wenn ein Dritter dies und das thun würde", so würde beim Eintritt der Bedingung der Grund der entstehenden Verbindlichkeit nicht in der Handlung des Dritten, sondern in ihrem eignen Versprechen liegen. In derselben Weise ist der Einfluß, welchen die richterliche Sentenz ausübt, auf die Vereinbarung der Partheien als auf ihre wahre Ursache zurückzuführen.

Das Verhältniß der Partheien zu dem Richter ist also nichts weniger als das einer Unterordnung. Seine Qualität als vom Prätor bestellter Richter führt eine solche Unterordnung ebensowenig nach sich, als dies heutzutage gegenüber solchen Personen der Fall zu sein pflegt, die vom Staat im Interesse des Publikums zur Betreibung irgend eines Berufes angestellt sind. Der alte Richter war um nichts mehr als ein in der Kaiserzeit mit dem jus respondendi versehener Jurist. Beide waren vom Staat angestellt, um den Partheien durch Ertheilung eines Gutachtens zu dienen.[73]) Darum kann der Richter den Partheien im Laufe des Prozesses Nichts auferlegen, sie nicht citiren, keine Strafe für den Fall des Nichterscheinens im Termin androhen u. s. w. Darum findet das Veto der Tribunen, das gegen den mit der Handhabung der Rechtspflege betrauten Magistrat möglich ist, nicht gegen den Richter Statt; er ist gar kein öffentlicher Beamter, sondern ein Schiedsrichter der Partheien, zu dessen Bestellung ein öffentlicher Beamter mitgewirkt hat.

73) Bei beiden wiederholt sich auch derselbe historische Hergang. Wie der Staat das Schiedsrichteramt in seine Hände nimmt, ohne anfänglich das Wesen desselben zu verändern, so auch das Institut der respondirenden Juristen. Neben dem öffentlichen Richter und Respondenten bleiben Schiedsrichter und nicht mit dem jus respondendi betraute Respondenten in Thätigkeit und zwar längere Zeit ohne rechtliche Zurücksetzung, bis endlich letztere erfolgt, und Richter und öffentliche Respondenten im Namen des Staats und mit rechtlich verbindender Kraft Recht sprechen.

Darum endlich ist die richterliche Sentenz kein an die verlierende Parthei gerichtetes Gebot oder Verbot, sondern eine bloße Meinung „sententia", eine Erklärung „pronuntiatio", die der Richter über die Streitfrage abgibt. Am klarsten tritt dies hervor in der ältesten Prozeßform, der legis actio sacramento. Der Prozeß wird hier in die Form einer Wette gekleidet und jede Parthei deponirt eine bestimmte Summe (sacramentum),[74] deren sie im Fall des Unterliegens verlustig geht. Dem Richter wird diese Wette zur Entscheidung vorgelegt, und er erkennt in der Form, daß er das sacramentum der Parthei, die in seinen Augen Recht hat, für justum und eben damit das der andern für verwirkt erklärt. Von einer Verurtheilung ist dabei keine Rede, ja der Anspruch, der zum Prozeß Veranlassung gab, wird im Urtheil gar nicht einmal erwähnt; es wird ostensibel über eine ganz andere Frage erkannt, als um die es den Partheien eigentlich zu thun ist, und nur mittelbar wird auch letztere entschieden. Wie wenig aber selbst dieser mittelbaren Entscheidung die Idee einer Verurtheilung inne wohnt, geht am besten daraus hervor, daß die Anwendung dieser Prozeßform in Fällen vorkam, wo eine Verurtheilung oder Execution undenkbar war, weil es sich gar nicht um einen rechtlichen Anspruch, sondern um den Beweis einer beliebigen Behauptung handelte [75] Auch im spätern Recht noch erhielt sich für manche Fälle, namentlich für solche, bei denen die Klage nicht auf Geld und Geldeswerth

74) Beim religiösen Princip kommen wir auf das sacramentum zurück.

75) Valerius Maximus Lib. II. c. 8 no. 74 berichtet uns, daß der Streit zwischen einem Consul und Prätor, wer von beiden das Verdienst einer siegreichen Seeschlacht habe, und wem daher der Triumph hätte bewilligt werden müssen, in dieser Weise zum Gegenstand eines Prozesses gemacht sei; nur daß hier statt der ältern Form des sacramentum die neuere der sponsio benutzt ward. Valerius sponsione Lutatium provocavit: „ni suo ductu Punica classis esset oppressa." Nec dubitavit restipulari Lutatius. Itaque judex inter eos convenit Atilius Calatinus. Letzterer gibt seine Entscheidung mit den Worten ab: secundum te litem do.

lautete, eine ähnliche Urtheilsform, die pronuntiatio; der Richter erkannte bloß dahin, daß Jemand servus, libertus, ingenuus u. s. w. sei und überließ es der interessirten Parthei die daraus folgenden praktischen Resultate zu ziehen und zu verwirklichen.

Neben jenen Urtheilsformen kommt eine andere vor, die condemnatio, aber erst in den jüngern Formen des Legisactionenprozesses. Dort lautet der Richterspruch objectiv, der Parthei bleibt es überlassen die praktischen Folgerungen zu ziehen und erforderlichen Falls sich über die litis aestimatio, die Schätzung des zugesprochenen Objects, zu einigen, hier hingegen faßt der Richter seinen Spruch relativ, er verurtheilt den Beklagten und zwar verbindet er damit bei allen Klagen, die auf ein in Geld schätzbares Object gehen, sogleich die litis aestimatio, d. h. er verurtheilt von vornherein auf Geld.

Der Richter des ältern Rechts legt also dem Beklagten Nichts auf, erläßt keinen Befehl an ihn im Namen des Staats, sondern er kommt den Partheien bloß mit seiner Rechtskenntniß zu Hülfe. Die Sprache hat das Verhältniß der richterlichen Thätigkeit zu der des Klägers treffend ausgedrückt. Der Richter soll bloß das Recht weisen (dicere, s. Note 69), daher judex genannt, und er thut dies, indem er seine Meinung (sententia) abgibt. Der Kläger hingegen ist der Handelnde (actor);[76] er „handelt" wirklich, denn er legt „Hand" an (manum injicere, conserere; vindicare), je nach Verschiedenheit des Prozesses an Personen oder Sachen (agere in personam, in rem). Unser heutiger Richter hingegen „richtet", d. h. er ist der Handelnde, „der Kläger" hingegen handelt nicht, sondern er „klagt" dem Richter sein Leid, damit letzterer ihm helfe. Um Hülfe ist es dem römischen Kläger nicht zu thun; in allen Fällen, wo sein Recht zweifellos ist, bedarf er

76) Auch in jurgare, litigare ist dies agere, nur muß man das zweite Wort nicht als litem agere, sondern als lite agere (wie jurgare als jure agere) deuten.

des Richters gar nicht, sondern schreitet sofort zur Selbsthülfe. Das römische Richteramt ist also nur eingeführt, um für zweifelhafte Fälle den Partheien Gelegenheit zu geben, sich das Recht weisen zu lassen. Der Richterspruch aber übt keine Wirkung aus, welche die Partheien nicht ebenso gut auf anderm Wege erreichen könnten, und der Grund, warum ihm überhaupt eine entscheidende Wirkung zukommt, liegt nicht im öffentlichen Charakter des Richteramts, sondern im Willen der Partheien. Der Richter ist also nichts als Schiedsrichter (arbiter), und es gab eine unendliche Menge von Fällen, in denen er officiell mit diesem Namen bezeichnet wurde.

Wenn wir jetzt einen Rückblick werfen wollen auf den Weg, den wir in diesem ersten Abschnitt (§. 10. fl.) zurückgelegt haben, so führte uns derselbe von jenem niedrigsten Punkte, an, wo Recht und Gewalt noch zusammen fallen, der Erbeutung vom Feinde, durch die Selbsthülfe hindurch bis zu dem Punkte, wo die Gewalt wegen Zweifelhaftigkeit des Anspruchs sich als unausreichend erweist, und in der vertragsmäßigen Entscheidung des Rechtsstreits die ersten Keime zur Bildung des Richteramts sich erschließen. Immer aber blieb uns eine und dieselbe Idee zur Seite, jene Idee nämlich, daß persönliche Thatkraft die Urheberin und darum auch die legitime Beschützerin des Rechts ist. Diese Thatkraft ist nicht die nackte, physische Gewalt, sondern sie wird durch das Gefühl ihres Rechts zu einer sittlichen Macht erhoben, sie ist eine im Dienste der Rechtsidee thätige Kraft, ja das Princip des Privatrechts selbst in seiner ursprünglichen Frische und Energie.

Jene Idee der Berechtigung der persönlichen Kraft, welche durch ihre eigne That sich ihre Welt erbaut und schützt, ist das äußerste Minimum, mit dem die Bildung des Rechts beginnen kann, und darum durfte und mußte sie an die Spitze unserer ganzen Darstellung gesetzt werden. Aus diesem schwachen Keim

heraus hat ſich auch bei andern Völkern das Recht entwickelt, aber nicht überall ſind wir ſo glücklich, wie im vorliegenden Fall, an der Blüthe und der reifen Frucht noch den urſprünglichen Keim nachweiſen zu können. Unvermögend, jene Idee auf die Dauer mit der ſteigenden Entfaltung des Staats-Princips zu verſöhnen, hat manches Volk dieſelbe fallen laſſen und in demüthiger Erniedrigung des perſönlichen Selbſt- und Rechtsgefühls den Staat als den eigentlichen Schöpfer des ſubjectiven Rechts hingeſtellt. Aber in der römiſchen Rechtsanſchauung — Dank ſei es ihrer unverwüſtlichen Natur und jenem männlichen Selbſtgefühl der Römer — wurzelt dieſe Idee zu feſt, als daß ſie jemals hätte verſchwinden können, und der juriſtiſche Inſtinct der Römer wußte dieſelbe ſo zu geſtalten und in die richtigen Formen zu bringen, daß ſie ſelbſt mit der höchſten Entwicklung des Staats ſich vertrug.

II. Familie und Wehrverfaſſung die Ausgangspunkte der ſtaatlichen Ordnung.

Vorbemerkung.

XIII. Wenn wir im bisherigen Abſchnitt uns rein auf das Individuum beſchränkt haben, ſo geſchah dies nicht etwa in der Meinung, als ob es jemals eine Zeit gegeben hätte, welche mit den dort gefundenen Rechtsprincipien hätte ausreichen können, ſondern lediglich um uns des Antheils bewußt zu werden, den das Gefühl des individuellen Rechts und die davon erfüllte Thatkraft des Subjects zu dem Geſammtbau des älteſten Rechts beigeſteuert hat. Nur in der Gemeinſchaft kann überhaupt von einem Rechte die Rede ſein, mit der Gemeinſchaft aber, mit den Intereſſen, denen ſie zu dienen, mit den Zwecken, die ſie zu verfolgen

hat, iſt bereits eine neue nicht minder fruchtbare Quelle des Rechts geſetzt, als die in dem Individuum ſich ihm eröffnet. So wie in der Körperwelt Geſetze herrſchen, nach denen die Verbindung der Körper vor ſich geht, ſo auch in der ſittlichen Welt rückſichtlich der Verbindung der Individuen. In jeder Gemeinſchaft derſelben, und wäre ſie bloß die der Familie, liegt der Keim und der Trieb der Ordnung, ja ſelbſt der vorübergehende Zuſtand der Unordnung und Anarchie, die Kämpfe, Zuckungen und Stürme, von denen die Geſellſchaft heimgeſucht wird, was ſind ſie anders als das Suchen der Ordnung, das Wogen und Gähren der Elemente, welche ihre geſetzmäßige Verbindung mit einander eingehen?

In dieſem Sinn kann uns alſo auch die Bildung des Staats als der höchſten politiſchen Gemeinſchaft nicht als etwas erſcheinen, das noch erſt der Erklärung bedürfte. Der Staat iſt eine Naturnothwendigkeit. Aber ohne dieſe Ueberzeugung im Mindeſten zu verläugnen, dürfen wir auch bei ihm, ſo weit die Geſchichte uns dies verſtattet, den Verſuch machen uns der Ideen zu bemächtigen, die ſeine urſprüngliche Bildung beeinflußt haben. Dies erſcheint mir um ſo nöthiger, als wir ſonſt Gefahr laufen, unſere heutige Anſchauung vom Staate unbewußt auf Zeiten und Zuſtände zu übertragen, zu denen dieſelbe in keiner Weiſe ſtimmt. An den Namen klebt die Vorſtellung! Indem wir die Einrichtungen des ältſtrömiſchen Staats mit heutigen Ausdrücken bezeichnen, indem wir bei Schilderung der älteſten Verfaſſung von einem „König", von einer „geſetzgebenden Gewalt des Volks", von einem „Richteramt" u. ſ. w. ſprechen, bringen wir unwillkührlich unſere heutigen d. h. irrige Vorſtellungen mit. Denn nicht das Aeußere jener Erſcheinungen iſt das Entſcheidende, ſondern die Ideen, von denen ſie getragen wurden, die Vorſtellung aber, die der alte Römer von dem Staat hatte, und alles, was mit ihr zuſammenhing, war eine völlig andere, als die wir mit ihm verknüpfen. Unſerer heutigen Vorſtellung iſt der Staat etwas von den Individuen völlig Verſchiedenes, der altrömiſchen

war er nichts als die Gemeinschaft sämmtlicher Individuen, was dem Staat gehört, gehört ihnen, seine Interessen sind ihre Interessen, seine Verletzung ist ihre Verletzung — kurz eine Verschiedenheit in der Auffassung von der äußersten Tragweite.

Diese Differenz des Ideengehalts bei aller äußern Gleichheit der Einrichtungen zu ermitteln, ist meines Erachtens eine der unerläßlichsten und wichtigsten Aufgaben, welche der Historiker für die altrömische Staatsverfassung zu lösen hat, und der erklärte Zweck meines Werkes zwingt mich auch an ihrer Lösung mich zu versuchen.

Ich gehe dabei von der Idee aus, daß unsere heutige Vorstellung von dem Verhältniß des Staats und der Staatsgewalt zu dem Einzelnen erst das Product einer langen Entwicklung ist, und daß wir weit entfernt davon berechtigt zu sein, die Idee der Ueberordnung der Staatsgewalt über den Bürger als etwas sich von selbst Verstehendes auch der ältesten Zeit ohne weiteres zu unterstellen, vielmehr umgekehrt die Verpflichtung haben, uns Rechenschaft darüber zu geben, wo und wie diese Idee im altrömischen Gemeinwesen zum Durchbruch kommen konnte. Um die Grundansicht, die ich in dem gegenwärtigen Abschnitt weiter ausführen werde, gleich hier mitzutheilen, so gehe ich davon aus, daß das Verhältniß der Coordination der Einzelnen, wie es für jede Gemeinschaft das Ursprüngliche ist, so auch das Fundamentale der altrömischen Verfassung war und zwar in Gestalt der politischen Vereinigung der Geschlechter zur Einheit des Staatswesens, daß dagegen die Idee der Unterordnung der Einzelnen unter eine höhere Gewalt zuerst im Heerwesen zur Erscheinung gelangte und erst von hier aus auf die übrigen Einrichtungen übertragen worden ist. Eine unabweisbare Nothwendigkeit schließt hier das Verhältniß der Coordination aus und setzt das der Subordination an seine Stelle.

So enthält demnach die älteste Staatsverfassung meiner Ansicht nach die Combination zweier Principien, eines coordinirenden und eines subordinirenden. Der älteste Staat steht mit seinen

Füßen in der Familie, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben sind durch die Idee der Familie, die Curien, Tribus und die Vorstände derselben und der König durch das militärische Interesse bestimmt.

Die Rolle, welche die Familie in der ältesten Verfassung spielt, weicht von der Gestalt, die sie im heutigen Recht an sich trägt, wesentlich ab. Die Familie ist heute ein rein privatrechtliches Verhältniß ohne alle unmittelbare politische Bedeutung und auch dieses nur in ihren beiden engsten Verhältnissen: dem elterlichen und ehelichen, das geschwisterliche Verhältniß ist bereits kein Rechtsverhältniß mehr. Ueber diese beiden Kreise hinaus überläßt das Recht die Familie sich selbst, ihrer eigenen sittlichen Lebenskraft: der Liebe. Die Erfahrung aber zeigt, daß diese Lebenskraft in eben dem Maße, als die Familie selber sich erweitert, abnimmt, die Liebe sucht stets die engsten Kreise auf, sie kann nicht mit dem Stammbaum gleichen Schritt halten. Mit der rasch abnehmenden Liebe und der Pflege der Verwandtschaft verliert sich allmählich auch die Erinnerung derselben.

Ganz anders auf den niedrigen Stufen des staatlichen Lebens. Es läßt sich im allgemeinen der Satz aufstellen, daß die äußere, rechtliche Organisation der Familie im umgekehrten Verhältniß zur Reife der Staatsentwicklung steht; je unvollkommner letztere, desto ausgebildeter jene und umgekehrt. So lange nämlich die Familie noch als Surrogat des Staats zu dienen hat, bedarf sie nothwendigerweise einer ungleich festeren Organisation, als wo die vollständige Entwicklung der Staatsformen und der Staatsgewalt sie dieser Function überhebt. Ein Staat im Kleinen, hat sie auch die Verfassung desselben nöthig; die Verwandtschaftsbande können nicht der freien Liebe überlassen werden, sie sind politische Bande.

Im Laufe der Zeit verwandelt sich die durch das staatliche Princip bestimmte Familie in einen durch das Familienprincip bestimmten Staat. Mehrere Familien vereinigen sich, eine

Familie erweitert sich zu einem Geschlecht oder Stamm, der seinerseits sich wieder in mehrere Zweige, Geschlechter und Familien spaltet. So entsteht der Geschlechterstaat, ein Geschiebe von kleinern oder größern compacten Einheiten, die ursprünglich die Verwandtschaft zum Princip hatten. Die Verbindung dieser einzelnen Theile zum Ganzen ist ungleich loser als die jener kleineren Kreise in sich. Im letzteren liegt die eigentliche Lebenskraft der Verfassung; sie sind Staaten im Kleinen, die sich zu einem Staatenbund vereinigt haben.

Der Geschlechterstaat in seiner Jugendkraft bezeichnet nicht bloß eine bestimmte Form staatlicher Verbindung, sondern eine bestimmte Stufe der gesammten politischen und rechtlichen Entwicklung. Die politische Function der Familie wirkt auf ihren privatrechtlichen Charakter zurück und umgekehrt die Form der Familienverbindung auf den politischen Geist, der das Ganze beseelt. Dies zeigt sich insbesondere auch in dem Verhalten zu dem Fremden. Da nur derjenige politisch berechtigt ist, der zu einem Geschlecht gehört, die Geschlechter gewissermaßen die Zugänge zum Staat besetzt halten, so öffnet sich dem Fremden der Zutritt zur Staatsverbindung nur, wenn er in ein Geschlecht Aufnahme findet. Diese Aufnahme ist jedoch nur in beschränkter Weise möglich: der Geschlechterstaat ist, wenn er sich nicht selbst aufgeben will, gezwungen exclusiv zu sein. Damit ist der Grund gelegt zu jenem Gegensatz, der für die ganze Entwicklung des Geschlechterstaats eine so entscheidende Bedeutung hat, dem Gegensatz zwischen den Mitgliedern der Geschlechter und den sonstigen Staatsangehörigen, denen, die activ an der Staatsgewalt participiren, und die ihr bloß passiv unterworfen sind. Je mehr die letztere Klasse an numerischer Stärke und an Wohlstand zunimmt, um so mehr strebt sie, ihre rechtliche Stellung zu verbessern, und diese Bestrebungen und die ewige Friction, die sie hervorrufen, sind für die ganze Rechts- und Staatsentwicklung von den wohlthätigsten Folgen. Sie spornen auf beiden Seiten die vorhandenen Kräfte auf ihr höchstes Maß und erschließen eine unversieg-

bare Quelle politiſcher Intelligenz und Thatkraft. Es iſt dies Verhältniß treffend verglichen[77]) mit „zwei aufeinander gefügten Mühlſteinen, durch deren Bewegung das wahre politiſche Leben erſt hervortritt"; man könnte auch auf die Funken verweiſen, die dem Feuerſtein entſprühen, wenn der Stahl ihn trifft.

Neben dem Geſchlechterſtaat giebt es noch einen andern Ausfluß des Familienprincips, den patriarchaliſchen Staat. Der Unterſchied beider liegt darin, daß die Familie dort bloß zur rechtlichen Baſis des Staats gemacht wird, hier aber den Prototypus der ganzen Verfaſſung und Verwaltung gewährt. Das Verhältniß der ſtaatlichen Unterordnung iſt dem der Kinder zum Vater nachgebildet, die Macht des Staatsoberhauptes iſt eine erweiterte väterliche Gewalt und wird in dieſem Geiſte gehandhabt. Beide Ausflüſſe des Familienprincips können in einer und derſelben Staatsverfaſſung zuſammentreffen; der Geſchlechterſtaat begründet dann das Verhältniß in der „Seitenlinie", die politiſche Verbrüderung; der Patriarchalſtaat das Verhältniß in „auf- und abſteigender Linie", die politiſche patria potestas.

Es iſt nun bemerkenswerth, daß dieſer zweite Ausfluß des Familienprincips in Rom nicht oder nicht mehr hervortritt. Die Punkte, die er ſonſt einnehmen würde, nämlich die der Ueber- und Unterordnung, fallen hier der Wehrverfaſſung zu. Die Wehrverfaſſung ſteht auf der Stufenleiter von Formen der ſtaatlichen Gemeinſchaft höher als die Familienverfaſſung, inſofern ſie nämlich erſtens nicht ein bloßes Naturproduct, ſondern ein Werk menſchlicher Ordnung und Einſicht iſt, und zweitens trotz der härtern Disciplin, die ſie in den Staat hineinbringt, doch

77) Von Göttling Geſchichte der röm. Staatsverf. S. 285. Wenn er aber hinzufügt: „bis der härtere Stein des plebejiſchen Princips den weicheren des patriciſchen mürbe gerieben hatte", ſo mag dieſe Vertheilung der Härte und Weichheit für die beiden Mühlſteine durchaus zutreffen, für Patricier und Plebejer aber nichts weniger als das.

der privatrechtlichen Freiheit einen größeren Spielraum gewährt, die politische und privatrechtliche Existenz des Individuums nicht in dem Grade vermengt, wie dies in der Familienverfassung geschieht. Sie fungirt nicht selten als Form des Staats, namentlich gern in Verbindung mit dem Grundeigenthum, nämlich im Lehnsstaat wie z. B. bei den Germanen und Osmanen, und dann auch in Verbindung mit dem Familienprincip wie in Rom und wiederum bei den Germanen zur Zeit ihres ersten Auftretens in der Geschichte. Mit dem Patriarchalstaat ist sie incompatibel; die demselben eigenthümliche Vererbung der Staatsämter würde ihrem Interesse schnurstracks entgegenlaufen, und ebenso ist auch die staatliche Unterordnung, die beide begründen, ihrem Geist nach eine völlig verschiedene. Es liegt die Vermuthung nahe, daß wo wir wie bei den alten Römern und Germanen die Wehrverfassung in Verbindung mit dem Geschlechterstaat auftreten sehen, erstere den Patriarchalstaat verdrängt hat. Der ursprünglich diese beiden Ausflüsse des Familienprincips in sich vereinigende Familienstaat erwies sich bei fortgesetzter kriegerischer Lebensweise unzureichend. Das militärische Interesse ward das vorherrschende und bewirkte, daß die erblichen Würden des Patriarchalstaats den nach persönlicher Tüchtigkeit vergebenen militärischen Aemtern Platz machten, die Geschlechtereintheilung aber sich den Anforderungen der Wehrverfassung fügte.

Indem wir uns jetzt unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, bemerken wir, daß dieselbe nicht bloß darin besteht, darzuthun, daß der ältere römische *Staat* auf dem Familienprincip und der Wehrverfassung beruhte, sondern ebensowohl darin den Einfluß nachzuweisen, den diese beiden Motive auf das ganze *Recht* ausgeübt haben. Wir befolgen dabei folgende Anordnung:

1. Das Familienprincip.
   a. das Wesen der Gentilverbindung §. 14.
   b. Stellung des Individuums zur Gemeinschaft §. 15.
   c. Stellung außerhalb der Gentilverbindung §. 16.
2. Der Einfluß der Wehrverfassung auf Staat und Recht §. 17.

1. Das Familienprincip.

Die Gentilverbindung — Die Gens eine Familie im Großen und ein Staat im Kleinen — Einfluß auf das gesammte Recht.

XIV. Der römische Geschlechterstaat gleicht einer Pyramide. Die Basis desselben bilden dreihundert Gentes, die in pyramidalischer Abstufung zuerst in dreißig Curien, sodann in drei Tribus und endlich in die persönliche Spitze des Ganzen, den König, zusammenlaufen. Nur die Gentes stehen hier zur Betrachtung; es ist bereits im vorigen Paragraphen bemerkt, daß nur sie dem Familienprincip, die Curien und Tribus aber sowie das Königthum der Wehrverfassung angehören. Daß die Gentes in der That auf dem Familienprincip beruhen, ist zwar in Abrede gestellt,[77a]) allein man hat dabei auf Unwesentliches Gewicht gelegt. Ob nämlich alle Mitglieder einer Gens wirklich denselben Stammvater gehabt haben, ob die Idee der Verwandtschaft sich im Laufe der Zeit völlig verloren, und die Gens sich in eine gewöhnliche politische Corporation verwandelt hat, das ist gleichgültig. Das Wesentliche ist, ob die Gens ihrem ganzen Geist und Zuschnitt nach ursprünglich auf der Idee der Familienverbindung beruht, und ein Blick, sollte man sagen, müßte dies zur Evidenz

---

77a) Neuerdings am entschiedensten von Walter Röm. R. G. Aufl. 3. §. 14, der aber doch zugleich „den Typus der Familienverbindung als Vorbild" der Gentilverbindung anerkennt. Die Gründe, die er anführt, verdienen allerdings eine Widerlegung, auf die ich mich jedoch hier nicht einlassen kann. Das etymologische Moment (Note 78) hat Walter gar nicht berücksichtigt, und doch wiegt es in meinen Augen als Zeugniß aus ältester Zeit unendlich viel schwerer, als die Definitionen der „gentiles" vom Standpunkt des spätern Rechts aus. Dürften gelegentliche Aeußerungen der spätern Schriftsteller in die Wagschale geworfen werden, so könnte für die obige Ansicht auch Liv. II, 48: velut familiare bellum mit figuriren.

erheben. Die Sprache gibt uns in der Bezeichnung gens: Geſchlecht den deutlichſten Fingerzeig.[78])

Wir wenden uns zuerſt der inneren Organiſation der Gens zu und faſſen das Reſultat der folgenden Ausführung in den Satz zuſammen, daß die Gens die Identität der Familie und des Staats iſt, ſich, wie man will, als eine Familie mit politiſchem Charakter und als eine politiſche Verbindung mit familienartigem Charakter bezeichnen läßt. Sie geht hervor aus der Familie und bewahrt ſich die Innigkeit dieſer Verbindung; indem ſie aber andererſeits eine politiſche Inſtitution wird, wirkt dieſe ihre politiſche Seite ebenſo ſehr auf ihre familienrechtliche Seite zurück, wie letztere auf jene. Beide Seiten laufen ſo in einander über, daß eine genaue Scheidung derſelben kaum möglich iſt.

Da die Gentilitätsverbindung ſchon früh ihre weſentliche Bedeutung verlor, ſo iſt es nicht zu verwundern, daß unſere Nachrichten über ſie nur dürftig und unvollſtändig ſind. Aber es ragen doch noch einzelne erhaltene Punkte hervor, aus denen ſich mit Hülfe ſonſtiger hiſtoriſcher Analogien und der inneren Conſequenz der Sache das Weſen jener Verbindung beſtimmen läßt. Wir wollen dieſen Verſuch machen.

Die Verbindung, welche die Gens begründet, umfaßt die ganze Exiſtenz des Einzelnen; alle Intereſſen, die ſein Leben bewegen, weiſen ihn auf ſie zurück und finden innerhalb ihrer theils ihre ausſchließliche Befriedigung theils wenigſtens Anknüpfungspunkte. Die Verehrung der Götter wie der Waffendienſt und die Ausübung politiſcher Thätigkeit führt die Gentilen ſtets wieder zuſammen, nach dem Tode ruhen ſie in gemeinſchaftlichen Erbbegräbniſſen zuſammen. In den heiligſten und ernſteſten Momenten des Lebens, im Tempel wie auf dem Schlachtfelde ſtehen ſie ſich zur Seite; Schande und Ehre, Glück und Unglück

78) Gens, genus vom Sanskr. dschan, geboren werden. Der Name decuria bezeichnet die gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfaſſung. S. §. 17.

ist gemeinsam. Der Glanz und der Ruhm der Gens kommt dem Einzelnen zu Gute, wie umgekehrt seine Thaten auf sie Schatten oder Licht werfen. Darum nimmt die Gens an den Schicksalen und Handlungen des Einzelnen das lebendigste Interesse; er steht ja zu ihr nicht in dem losen Verbande eines Corporationsmitgliedes, das nur gemeinsame Rechte mit ihr auszuüben hat, sondern in dem eines Familienmitgliedes, dessen Wohl und Wehe, Schande und Ehre die ganze Familie berühren.

Dies äußert sich auf doppelte Weise, nämlich theils in dem Anrecht, das der Einzelne an die Gens, theils in dem, das sie an ihn hat. Jenes besteht in dem Anspruch auf Schutz und Unterstützung, dieses in den Beschränkungen, denen der Einzelne im Interesse der Gens unterworfen ist.

Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Verwandten ist einer der natürlichsten und regulärsten Ausflüsse des Familienprincips. Die Form, in der, und das Maß, bis zu dem sie Statt findet, ist bei verschiedenen Völkern verschieden; sie steigert sich bei einigen bis zur Blutrache, bei andern wie z. B. den Germanen äußert sie sich in der Verpflichtung, einen Antheil am Wehrgeld beizusteuern. [79])

Was nun den Umfang dieser Verpflichtung im ältesten römischen Recht anbetrifft, so wird zunächst die Annahme einer rechtlichen Vertretungspflicht schwerlich auf Widerspruch stoßen. Ein Anwendungsfall derselben ist uns ausdrücklich bezeugt, nämlich die Vormundschaft. [80]) Fehlte es nämlich an einem Vor-

---

79) S. von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 20 fl. und Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte B. 1 S. 212—215 u. Beil. 1 von der s. g. Gesammtbürgschaft.

80) Cicero de invent. II. 50 nennt zwar nur die cura furiosi (s. auch Varro de re rustica I, 12 mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus), es kann aber schon wegen des durchgehenden Parallelismus zwischen Erbrecht und Vormundschaft keinem Zweifel unterliegen, daß die Gentilen, wie sie hinter den Agnaten zur Erbschaft, so auch hinter ihnen zur Tutel gerufen waren. S. des weitern Rudorff Das Recht der Vormundschaft B. 1. S. 210 fl.

munde, so traten zur Aushülfe die Gentilen ein. Dies ist begreiflicherweise nicht so zu verstehen, als ob sämmtliche Mitglieder der Gens die Vormundschaft geführt hätten, sondern durch ein Decret derselben wurde sie einem unter ihnen übertragen. Die Vorsorge der Gens beschränkte sich aber nicht bloß auf die Bestellung des Vormundes, sondern schloß ohne Zweifel auch eine Beaufsichtigung desselben in sich. Dem unfähigen und verdächtigen Vormund gab die Gens auf, sein Amt niederzulegen oder es einem Andern zu cediren (tutela cessicia); sträubte er sich, so konnte sie ursprünglich gewiß selbst seine Absetzung verfügen, im spätern Recht aber dieselbe dadurch herbeiführen, daß sie Einen aus ihrer Mitte zur Anstellung der actio suspecti tutoris veranlaßte. Diese Klage war eine Popularklage, die jeder aus dem Volk erheben konnte, und das ältere Recht kennt noch einige andere, mittelst deren Jemand in gleicher Weise das Interesse einer andern Person wahrnehmen kann. Sie bilden zu der Strenge, mit der dies Recht im übrigen an der Sachlegitimation festhält, einen auffallenden Gegensatz, und ich bin geneigt, sie als Ausflüsse des Familienprincips aufzufassen.[81] Wenn Jemand außer Stand war sich selbst zu vertheidigen, und dem Mangel durch Bestellung eines Vormundes nicht abzuhelfen war, so lag es, wenn nicht die nächsten Verwandten sich seiner annahmen, der Gens ob, ihm den nöthigen Schutz zu ertheilen. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn er sich in feindlicher Gefangenschaft befand. Sein zurückgelassenes Vermögen war hier ohne

81) Die spätern römischen Juristen nahmen an, daß das ältere Recht hier seinen Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest verlassen habe. Allein nach der im Text versuchten Anknüpfung dieser Klage an die alte Gentilverfassung würde die vermeintliche Singularität verschwinden. Die Gens ist nicht irregulärerweise berechtigt, für ihr hülfloses Mitglied eine Klage erheben zu lassen, sondern sie ist verpflichtet sich seiner anzunehmen. Die angestellte Klage macht also zunächst Recht und Pflicht der Gens selbst geltend, und nur mittelbar kommt sie dem Interessirten zu Gute.

Aufsicht, es bedurfte offenbar eines Schutzes. Das spätere Recht gewährt denselben in Form einer Popularklage, der actio furti gegen jeden, der Sachen aus diesem Vermögen entwandt hat; im ältesten Recht ersetzte die Gentilitätsverbindung diesen Mangel. Hierher gehört ferner der Fall, wenn ein Gentile unrechtmäßigerweise in Rom selbst in Haft gehalten wurde, sei es als angeblicher Sklave oder wegen behaupteter Schuld. Trat hier nicht aus eignem Antriebe Jemand als vindex auf, so war es Sache der Gens, für die Bestellung eines solchen Sorge zu tragen. Sie verfolgte damit nicht blos ihr eigenes Interesse, sondern erfüllte zugleich eine ihr obliegende Pflicht. Derselbe Gesichtspunkt bethätigte sich daran, daß wenn eins ihrer Mitglieder erschlagen, und kein näherer Verwandter vorhanden oder fähig war, ihn zu rächen, ihr das Rächeramt zufiel. Noch in späterer Zeit wird es den Verwandten zur Pflicht gemacht, in rechtlichem Wege den Mörder zu verfolgen; was aber in späterer Zeit in Form der Klage bewirkt wird, geschah ursprünglich in Form der Selbsthülfe. In einer Einrichtung, die auf ein angebliches Gesetz des Numa zurückgeführt wird, läßt sich noch eine Spur der alten Blutrache erkennen.[82]) Wenn Jemand einen andern aus *Versehen* getödtet hatte, so mußte er den Verwandten desselben einen Widder stellen; es war der Sündenbock, an dem sie statt seiner die Todesstrafe vollzogen.[83]) Das vergossene Blut forderte wieder Blut; hatten die *Verwandten* im Fall des un-

82) Serv. ad Virg. Eclog. IV, 43. In legibus Numae cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem pro capite occisi agnatis (nach der glücklichen Conjectur von Huschke statt des handschriftlichen et natis) ejus in concione offerret arietem.

83) Fest. Subigere arietem in eodem libro Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur. Ueber den Zweck des Opfers gehen die Ansichten freilich sehr auseinander. S. *Rein* Das röm. Kriminalrecht S. 403. Die im Text vorgetragene ist die von Ed. Platner Quaest. de jure crimin. p. 37. Der Widder erscheint auch anderwärts als Vertreter des Schuldigen s. z. B. Arnob. adv. gent. V. c. 21.

vorsätzlichen Todtschlages diese Forderung geltend zu machen, so galt dies um so eher im Fall des Mordes.

Wie das Unvermögen des einzelnen Gentilen sich selbst zu rächen oder sein Recht geltend zu machen, die Gens zur Rache oder zum Beistand verpflichtete, so legte auch pecuniäres Unvermögen desselben ihr die Verpflichtung zur Unterstützung auf. Die Klassiker [84]) bezeugen uns dies für den Fall des Loskaufes aus feindlicher Gefangenschaft, für schwere, ungewöhnliche Staatsabgaben und selbst für die über ein einzelnes Mitglied verhängten Geldbußen. Ob diese Verpflichtung mehr sittlicher als juristischer Art war, ob sie im letztern Fall sogar, wie dies bei den Germanen hinsichtlich der Pflicht zur Aufbringung des Wehrgeldes beizusteuern Statt fand, [85]) von dritten Personen geltend gemacht werden konnte, ob sie also mit andern Worten eine eventuelle Haftungspflicht der Gens in sich schloß, läßt sich nicht bestimmen. Dagegen darf man annehmen, daß es ein Ehrenpunkt für die Gens war, ihre durch unverschuldete Armuth in Noth z. B. in Schuldhaft gerathenen Mitglieder nicht im Stich zu lassen. Ob sie in feindlicher Gefangenschaft oder in Rom selbst im Kerker schmachteten und den Verkauf trans Tiberim zu gewärtigen hatten, war in der That gleichgültig.

Die erforderliche Beisteuer mochte theils durch freiwillige Beiträge aufgebracht, theils durch ein Decret der Gens ausgeschrieben werden. Es ist denkbar, daß auch das Vermögen der Gens, worüber nachher ein mehreres, für solche Zwecke in Anspruch genommen ward.

---

84) S. die Zeugnisse bei Walter Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3. §. 15 Note 28—30. Diese Pflicht wiederholt sich übrigens auch bei den Clienten und Tribulen s. z. B. Liv. V, 32 accitis tribulibus clientibusque quum responsum tulisset: se collaturos quanti damnatus esset, ibid. XXXVIII, 60.

85) Das angelsächsische Recht ist in dieser Beziehung am weitesten gegangen, indem es neben den Verwandten die gegyldan d. h. nach Sybels treffender Bezeichnungsweise die Ersatzmänner der alten Gentilen zu einem Dritttheil, eventuell zur Hälfte des Wehrgeldes heranzog.

Diese gegenseitige Unterstützungspflicht, man möchte sie eine Assekuranz gegen Noth und Unbill nennen, gab den Patriciern den Plebejern gegenüber ein außerordentliches Uebergewicht. In dieser privatrechtlichen Verbrüderung lag vielleicht ebenso sehr der Grund ihrer unverwüstlichen Widerstandskraft als in ihrer dominirenden staatsrechtlichen Stellung.

Es liegt auf der Hand, daß diesem Anrecht, das der Einzelne an der Gens hatte, Beschränkungen und Verpflichtungen von seiner Seite correspondiren mußten. War er auf die Gens, so war sie wiederum auf ihn verwiesen: beide Seiten dieses Verhältnisses waren Ausflüsse derselben Grundidee und bedingten sich gegenseitig.

Der Gesichtspunkt, der diesen Beschränkungen, die wir gleich im Einzelnen kennen lernen wollen, zu Grunde liegt, ist der eines coordinirten Verhältnisses sämmtlicher Gentilen, das gegenseitige Rechte und Verpflichtungen mit sich führt. Ich muß diese Bemerkung um so mehr betonen, als der Anschein mit ihr in Widerspruch steht, die richtige Auffassung jenes Verhältnisses meiner Ansicht nach aber eine den engen Kreis der Gens weit überragende Bedeutung hat. Es soll im folgenden Paragraphen nachgewiesen werden, daß auch das Verhältniß des Einzelnen sowie der Gens zum Gesammtstaat das der Coordination ist, und nur innerhalb der Wehrverfassung eine Subordination hervortritt. Insofern nun der Gesammtstaat nur eine Gens im vergrößerten Maßstabe ist, sowie man die Gens einen Staat im verkleinerten nennen kann, müssen wir bereits hier jenes durchgehende Verhältniß der staatlichen Gemeinschaft genau ins Auge fassen. Die Beschränkungen, die wir hier finden werden, wiederholen sich dort; überzeugen wir uns hier gleich, daß sie nicht auf der Idee staatlicher Unterordnung beruhen.

Die Gens ist nichts als der Complex sämmtlicher Gentilen, und ihre Bezeichnung mit dem Ausdruck: gentiles drückt mit einem Wort das wahre Wesen derselben aus. Ist sie nämlich nur der Complex der Gentilen, so kann sie auch keine höhere

Macht haben als letztere ſelbſt, oder mit andern Worten das einzelne Mitglied ſteht nicht unter der Gens, ſondern neben den Gentilen. Das Verhältniß wird dadurch kein anderes, daß dieſelben einen aus ihrer Mitte zum Vorſteher (decurio) wählen. Abgeſehen von ſeiner militäriſchen Function, nach der er ſeinen Namen trägt, hat er Nichts zu befehlen, ſondern nur die Verhandlungen der Gens zu leiten und in ihrem Namen das Opfer darzubringen. Die Conſervirung des urſprünglichen Familienbandes in der Gens beſchränkt ſich auf das Verhältniß der Brüder untereinander; das der patria potestas iſt weder in der Gens noch in dem Geſammtſtaat ſtaatsrechtlich nachgebildet.

Wenn nun dies coordinirte Verhältniß der Verbrüderung dem Einzelnen Beſchränkungen auferlegt, ſo ſind dieſelben nicht anders aufzufaſſen als der Preis, um den er der Vortheile dieſes Verhältniſſes theilhaftig iſt; ſie tragen keinen andern Charakter als die Beſchränkungen, denen ſich Jemand durch Eintritt in irgend eine privatrechtliche Verbindung, ja durch Abſchluß eines Vertrags unterwirft. Wenn das Mitglied einer ſolchen Verbindung ſich durch ſein Benehmen derſelben unwürdig macht, was liegt näher, als ihn zu excludiren? Eine andere Bewandtniß aber hat es auch nicht mit jener ſittenrichterlichen Gewalt der Gens, von der uns als einzelnes Beiſpiel die Verdammung des Gedächtniſſes eines unwürdigen Gentilen nach ſeinem Tode ſowie der Beſchluß, daß Niemand fortan ſeinen Namen tragen ſolle, aufbewahrt iſt. Man hat darauf den gewiß unbedenklichen Schluß gebaut, daß jenes Mitglied bei Lebzeiten die Strafe des Ausſchluſſes aus der Gens erlitten haben würde. Das enge Verhältniß der Gentilen und die Solidarität ihrer Ehre ſchloß eine ſolche Sorge für die ſittliche Reinheit und den guten Namen ihrer Genoſſenſchaft nothwendigerweiſe in ſich.

Als geringere Strafe erſcheint die Ausſchließung von dem gentiliciſchen Gottesdienſt. Andere Strafen werden uns zwar nicht bezeugt, allein ſie ſind mittelbar durch jene beiden möglich

gemacht. Wenn die Gens z. B. über ein Mitglied, das sich gegen sie vergangen, eine Geldstrafe verhängt hatte, so brauchte letzteres sich dem Beschluß zwar nicht zu fügen — denn wie konnten seine Genossen ihn *strafen*, ihm etwas von dem Seinigen entziehen? — aber andererseits konnten letztere dann erklären, daß sie ihn nicht länger beim Gottesdienst oder überhaupt nicht länger in ihrer Mitte dulden wollten. In dieser Negative lag das *indirekte* Zwangsmittel zur Entrichtung der positiven Strafe. Diese Entrichtung stützte sich also auf die eigne Wahl des Bestraften, auf seine Einwilligung, und ich darf hier, wo uns zum ersten Male die Strafe als Institut des öffentlichen Rechts begegnet, gleich darauf aufmerksam machen, daß auch sie sich jenem Fundamentalgrundsatz fügt, den wir im vorigen Abschnitt nachgewiesen haben, daß nämlich der subjective Wille der Urquell der Berechtigung und Verpflichtung ist. Der Schuldige fügt sich dem Strafurtheil der Gens, weil er sonst die Ausstoßung aus ihrer Mitte zu gewärtigen hätte. [85a])

Dies negative Strafmittel ersetzte also der Gens vollständig den Mangel einer positiven Strafgewalt oder richtiger es schloß letztere dem Erfolg nach in sich, ähnlich wie dies die Excommunication im Mittelalter in Bezug auf die kirchliche Strafgewalt that. Es war damit der Gens möglich gemacht, eine sittenrichterliche Gewalt über das einzelne Mitglied auszuüben, auf indirectem Wege jene, soll ich sagen, theoretisch unbeschränkte Freiheit des Individuums in höchst wirksamer Weise zu temperiren, und wir dürfen annehmen, daß sie davon einen ausgedehnten Gebrauch

---

85a) Dasselbe Verhältniß, wie Cicero pro Caec. c. 33 und 34 es in einem andern Fall auffaßt: quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent. Höchst charakteristisch für die Vorstellung der ältesten Zeit ist auch, daß die Strafe, welche der Schwörende für den Fall des Meineids auf sich herab beschwört, in *Ausschließung* besteht Festus sub Lapidem: arce bonisque ejiciat, vollständiger bei Polybius III. 25, *ἐπὶ τῶν ἰδίων βίων, ἱερῶν τάφων ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι.* Danz, Der sacrale Schutz. S. 13. fl.

gemacht hat. Es war eine ächt römische Idee, daß zwar die individuelle Freiheit eines möglichen Mißbrauches wegen rechtlich nicht beschränkt werden dürfe, dem Mißbrauch aber auf anderm Wege durch die sittenpolizeiliche Gewalt des Censors gesteuert werden müsse. Wenn dieses für unsere Auffassung im hohen Grade befremdliche Eingreifen des Censors in das Privatleben der römischen Sinnesweise selbst zur Zeit der höchsten Freiheitsentwicklung nicht widerstrebte, so darf man um so eher der ältern Zeit eine gleiche Ansicht unterlegen. Theils nämlich, weil diese Idee überhaupt eine patriarchalische, kindlich naive ist, theils und vor allem aber, weil die sittenrichterliche Gewalt in die alte Gentilverfassung ungleich mehr paßt als in den Zusammenhang der spätern Verfassung. Daß ein öffentlicher Beamter den Bürger wegen Unfleißes, Leichtsinnes u. s. w. zur Verantwortung zieht, hat etwas viel Herberes, enthält einen weit schrofferen Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen, als wenn dies von Seiten der Genossen, geschieht, die ihn im Nothfall unterstützen sollen. Hinsichtlich der letztern ist es ein durch ihr eigenes Interesse und die Rücksicht auf den guten Ruf ihrer Genossenschaft gebotenes Sicherungsmittel; es sind Familienmitglieder, die ihm eine Warnung ertheilen, kein Dritter wird hinzugezogen. Jene sittenrichterliche Gewalt des Censors hat in der Familie ihren natürlichen Ausgangspunkt.

Weit entfernt also, die Einführung der sittenrichterlichen Gewalt in Rom von der Censur an zu datiren, erblicke ich in letzterer nichts als die spätere Gestalt einer uralten Einrichtung, eine Handhabung derselben von Seiten des Gesammtstaats gegenüber Plebejern sowohl wie Patriciern, während dieselbe bis dahin an die patricische Gentilverfassung geknüpft gewesen war. Es ist bezeichnend, daß die Censur zwei Jahre nach der lex Canuleja, die den Plebejern das connubium mit den Patriciern verlieh, eingeführt wird, und daß sie in demselben Maße an Macht und Einfluß zunimmt, wie die alte Gentilverfassung denselben einbüßt. Nachdem durch jenes Gesetz die familienrechtliche Schei-

bewand zwiſchen Patriciern und Plebejern niedergeriſſen war, legte die Cenſur den Keim zu einer Verallgemeinerung jener urſprünglich patriciſchen Sittenpolizei. Die Idee war eine alte, die Form eine neue und bedingt durch den Mangel des Gentilitätsverbandes bei den Plebejern. Die Strafmittel, die dem Cenſor zu Gebote ſtanden, hatten denſelben Charakter, wie bei der Gens, nämlich den der Ausſchließung (von der Tribus, dem Senat, den Rittern); ſie beruhten auf derſelben Idee wie bei ihr, nämlich daß die Gemeinſchaft kein Recht habe den Einzelnen wegen ſeiner Unwürdigkeit zu ſtrafen, wohl aber ſich von ihm loszuſagen.

Dieſe charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit der cenſoriſchen Strafen möge noch als Argument für meine Anſicht aufgeführt werden.[86]) Der wahre, innere Grund für letztere aber liegt darin, daß die römiſche Sittenpolizei in dem Maße ein Ausfluß des Familienprincips iſt, daß die Handhabung derſelben von Seiten des Cenſors uns nicht bloß berechtigt auf eine frühere Ausübung derſelben durch die Gens zurückzuſchließen, ſondern daß ſie ſelbſt erſt vermittelſt dieſer Anknüpfung an die Familie verſtändlich wird. Jene Gewalt des Cenſors konnte nur dadurch gedeihen, daß ſie als etwas Althergebrachtes und Gewohntes von der Gens hinübergenommen war; auf dem Boden der Gentilverfaſſung hatte ſie ſich erſt bilden und entwickeln müſſen, um außerhalb derſelben fortbeſtehen zu können.

Dem Bisherigen nach wird es keinem Bedenken unterliegen, dieſer Sittenpolizei in ihrer urſprünglichen Geſtalt mindeſtens denſelben Umfang zuzuweiſen, den ſie ſpäter in den Händen des Cenſors hatte. Es iſt aber bekannt, daß der Cenſor den Bürger nicht bloß wegen unehrenhafter, unſittlicher Handlungen zur Verantwortung zog, ſondern auch wegen verkehrter oder leichtſinniger ökonomiſcher Lebensweiſe. Sein Einſchreiten läßt ſich

86) Es wird auch der Spruch der Gens gerade wie der des Cenſors nota genannt. Liv. IV. 20 gentilicia nota adjecta.

auf den Gesichtspunkt zurückführen, daß es Statt fand überall, wo Jemand der stillschweigenden Voraussetzung, unter der das Recht ihm eine unbeschränkte Freiheit zugestanden hatte, der des würdigen, verständigen Gebrauchs derselben nicht entsprochen hatte; es enthielt das außerhalb des Privatrechts liegende Temperament und Gegengewicht jener extremen Freiheit. So dürfen wir der gleichen Gewalt der Gens für die älteste Zeit dieselbe Bedeutung beilegen. Sie vermittelt das Princip des subjectiven Willens, das die Möglichkeit der unsittlichsten Consequenzen in sich schließt, mit der Sittlichkeit. Sie schützt die Kinder, Frauen und Sklaven, die jenes Princip der Gewalt des Hausherrn ohne Einschränkungen überliefert, gegen grausame und tyrannische Behandlung. Glaubte der Vater oder Ehemann zur Ausübung seines jus necis ac vitae berechtigt zu sein, so lag nichts näher, als die Gens zur Assistenz aufzufordern, und die Familiengerichte der spätern Zeit sind schwerlich das Product dieser spätern Zeit,[87]) sondern finden ihren natürlichen Ausgangspunkt in der Gentilverfassung, in der Sittenpolizei der Gens sowohl als in ihrer Verpflichtung sich auch ihrer in der patria potestas stehenden Mitglieder anzunehmen. Die Gens mahnt den Verschwender, der nach der Consequenz des Eigenthumsbegriffes das Erbthum seiner Väter durchbringen darf, der Pflichten gegen die Seinigen eingedenk zu sein. Beachtet er die Mahnung nicht, so entzieht sie ihm die Vermögensverwaltung durch eine cura prodigi. Daß wir in letzterer einen Ausfluß und Rest des Familienprincips vor uns haben, bedarf wohl keiner Bemerkung; sie sichert ebenso sehr das Erbrecht der nächsten Verwandten des Verschwenders, wie sie die Gens gegen die Gefahr in Schutz nimmt, daß letzterer ihr demnächst zur Last falle.

Es möge schließlich noch der hohen politischen Bedeutung dieser gentilicischen Sittenpolizei gedacht werden. Für die Machtstellung, welche die Patricier ihrem festen corporativen Zusam-

87) So Klenze Zeitschr. für hist. Rechtsw. Bd. 6 S. 21 ff.

menhalten verdankten, war sie von höchstem Werth. Ein Stand, der fest zusammenhält und seine Mitglieder in Noth unterstützt, wird immer ein bedeutendes Uebergewicht über alle andern haben. Dasselbe läßt sich aber gegen den Widerstand, der sich stets von außen dagegen erheben wird, nur dann dauernd behaupten, wenn ein höherer Grad von Ehre und sittlicher Reinheit damit versöhnt. Die Sittenpolizei der Corporation über ihre Mitglieder aber, wenn sie selber vom richtigen Geiste beseelt ist, ist für diesen Zweck ein wesentliches Förderungsmittel, und jene Einfachheit und Reinheit patricischer Sitte, die selbst der Parteihaß der Plebejer nicht in Abrede zu stellen wagte,[88]) und die begreiflicherweise die politische Position der Patricier außerordentlich verstärken mußte, sie kommt vor allem mit auf Rechnung jener gentilicischen Sittenpolizei. Der praktische Instinct der Römer hatte von vornherein erkannt, daß die Freiheit, um Macht zu sein, sich selbst Schranken auferlegen muß, und jener wilde Sinn, aus dem das Princip des subjectiven Willens hervorging, nahm keinen Anstoß daran, daß dasselbe in der Ausübung Beschränkungen unterworfen ward, die selbst unserm siechen Persönlichkeitsgefühl als unerträgliche Bevormundung erscheinen würden. Der wesentliche Unterschied liegt freilich darin, daß diese Beschränkungen in Rom das Werk des eigenen Willens waren, den gern gezahlten Preis enthielten, um den man ein Gut erkaufte, das mit diesem Princip noch nicht gegeben war, nämlich Schutz, Hülfe und Unterstützung von Seiten der Genossen.

Fassen wir jetzt die übrigen Beschränkungen ins Auge, welche die Gentilverfassung nach sich zog. Von dem in derselben liegenden Autonomierecht der Gens braucht weiter nichts gesagt zu werden, als daß auch hier die bindende Kraft ihrer Beschlüsse sich

88) „Niemals wird ihnen von den Plebejern Mangel an sanctitas und castitas vorgeworfen." Rubino Untersuchungen über röm. Verf. und Gesch. B. 1 S. 230 Anm. 3, der das Zeugniß von Cicero de republ. II, 34 anführt: quum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.

auf gegenseitige vertragsmäßige Verpflichtung der einzelnen Mitglieder zurückführen läßt. Der Wirkung nach kommen diese Beschlüsse Gesetzen gleich, der Form nach sind sie Verabredungen der einzelnen Gentilen. Auch das Gesetz knüpft in Rom an den Gesichtspunkt des Vertrages sämmtlicher Einzelnen d. h. an unser Princip des subjectiven Willens an, und wir werden im folgenden Paragraphen den Versuch machen, die gesetzgebende Gewalt des Gesammtstaats nicht minder unter diesen Gesichtspunkt zu bringen als hier die der Gens.

Die Beschränkungen, die wir jetzt noch kennen zu lernen haben, beziehen sich auf das ältere Familien- und Vermögensrecht. Wir dürfen dabei auch diejenigen berücksichtigen, die, ohne gerade im Interesse der Gens eingeführt zu sein, sich doch als Consequenzen oder Ausflüsse des Familienprincips darstellen. Als solche erscheinen uns namentlich die auf die Ehe bezüglichen. Im spätern römischen Recht ist die Ehe ein völlig profanes und hinsichtlich ihrer Dauer ganz in das Belieben der Gatten gestelltes Verhältniß. Im ältern Staat, der durchaus auf das Familienprincip gebaut war, ward sie mit besonderm Ernst behandelt. Die Eingehung war ein religiöser Akt und die Auflösung derselben nur in sehr wenig Fällen und nur unter Mitwirkung der Priester möglich. Zehn Zeugen nahmen bei beiden Akten Theil; sie vertraten entweder die zehn Gentes der Curie oder die zehn Curien derjenigen Tribus, zu welcher der Mann gehörte. In ihrer Zuziehung liegt der Gedanke ausgesprochen, daß die Ehe des Einzelnen für den ganzen Stamm von Bedeutung und Interesse, ein öffentliches Ereigniß ist. Vielleicht hatte diese Form auch den praktischen Zweck, die juristische Möglichkeit der Ehe, insbesondere das Dasein des connubium zu constatiren. Das ältere römische Recht erlaubte sich unsers Wissens nicht[89]) in die private Rechtssphäre in der Weise einzugreifen,

89) Wie z. B. das Recht orientalischer Völker. Selbst bei den Sachsen soll Ehe zwischen Nicht-Standesgenossen bei Todesstrafe verboten gewesen sein. S. Waitz Deutsche Verfassungsgesch. B. 1 S. 84 Anm. 2.

daß es Verbindungen mit Perſonen, denen das connubium fehlte, bei Strafe *unterſagt* hätte, ſondern es beſchränkte ſich darauf dieſen Verbindungen den Charakter einer *römiſchen* Ehe abzuſprechen, d. h. auf Frau und Kinder fand das römiſche Familienrecht keine Anwendung, die ganze Nachkommenſchaft war von der Gens ausgeſchloſſen. Auch dieſe Beſchränkung ſtellt ſich alſo wieder nicht als eine abſolute dar, ſondern als eine ſolche, der man ſich freiwillig unterwarf, um ſeinen Kindern das Gentilitätsrecht zu ſichern. Die Idee des connubium iſt übrigens für die Rechtsanſchauung, mit der wir uns hier beſchäftigen, ganz charakteriſtiſch. Sie beruht auf jenem horror alieni, der die Kehrſeite des feſten, familienartigen Zuſammenhaltens bildet, auf dem Beſtreben, alle fremdartigen Elemente fernzuhalten und ſich nur aus ſich ſelbſt zu ergänzen.[90] Seiner urſprünglichen Idee nach war das connubium auf die Mitglieder des Geſchlechterſtaats beſchränkt; über ſie hinaus mußte es ſelbſt ſtammverwandten Völkern erſt *verliehen* oder mit ihnen vereinbart werden.

Wo die Familie frei und beweglich iſt, kann auch das Vermögen es ſein; wo jene gebunden iſt, zieht dies für letztere dieſelbe Folge nach ſich. Die römiſche Gentilverfaſſung war nicht vereinbar mit der vermögensrechtlichen Freiheit der ſpätern Zeit, letztere kann ſich erſt auf den Trümmern jener gebildet haben. Sollte die Gens ſtetig und feſt ſein, ſo mußte ſie ein feſtes materielles Fundament unter ſich haben, es mußte eine gewiſſe geſicherte Verbindung zwiſchen ihr und dem in ihr befindlichen Vermögen hergeſtellt ſein. Wir haben bereits die Sittenpolizei der Gens als ein Mittel kennen lernen, der Dilapidation des Ver-

90) Die Beſchränkung der Freigelaſſenen weiblichen Geſchlechts nicht aus der Gens herauszuheirathen beruhte auf einem andern Grunde, nämlich auf dem Intereſſe der Gens, dieſelben in ihrem Hörigkeitsverhältniß zu ihr zu erhalten. Durch Verheirathung mit einem zu einer andern Gens gehörigen Freigelaſſenen oder Clienten trat die Freigelaſſene aus jenem Verbande heraus. Mitunter wurde dies (d. i. die gentis enuptio) bewilligt.

mögens vorzubeugen, aber dasselbe war nur von beschränkter Wirksamkeit. Denn wie, wenn ein Mitglied mit seinem ganzen Vermögen in eine andere Gens übertreten oder es in seinem Testament Nichtmitgliedern zuwenden wollte? War dies unbedingt erlaubt, so konnte eine Gens verarmen; die Lasten derselben wären für den Einzelnen in demselben Maße drückender, die Versuchung sich ihnen durch Uebertritt aus der einen Gens in eine andere zu entziehen in eben dem Grade stärker geworden.

Von dieser politischen Bedeutung des Vermögens ausgehend haben Manche sich zu der Annahme verleiten lassen, das Privateigenthum an Grund und Boden für den ältesten Staat völlig zu läugnen und den ager publicus an dessen Stelle zu setzen.[91] Es scheint mir dies aber ein gefährlicher, weit über sein Ziel hinausfliegender Schluß zu sein.[92] Unsere Quellen widersprechen dieser Annahme mehr, als daß sie dieselbe bestätigen,[93] und abgesehen von ihnen müßte man die dringendsten allgemeinen Gründe haben, um einem Volke, bei dem das Princip des Privatrechts von Anfang an in größter Schärfe und Bestimmtheit hervortritt, gerade das wichtigste Eigenthum, das an Grund und Boden, abzusprechen. Zur Zeit der XII. Tafeln erscheint letzteres bereits in ausgebildeter Gestalt,[94] keine Spur, kein leiser Anklang findet sich darin von dem angeblichen frühern Zustande.

91) Wenn man an diesem ager publicus ein vererbliches und veräußerliches Recht der Benutzung annehmen will, so führt man das Privateigenthum, das man dem Wort nach läugnet, unter anderm Namen wieder ein. Der Sache nach wäre dies Recht ebenso gut Privateigenthum gewesen wie das an Provinzialgrundstücken, die theoretisch im Eigenthum des römischen Staats standen, und das Interesse der Gentilverfassung hätte gegen die freie Veräußerlichkeit unter Lebenden und im Testament hier ganz ebenso geschützt werden müssen, wie wir es nachher im Text ausführen werden.

92) Huschke hat ihn meiner Ansicht nach mit Recht als einen Grundirrthum Niebuhrs bezeichnet.

93) S. Walter Röm. Rechtsgeschichte Aufl. 3 §. 18.

94) Ich erinnere z. B. an die Bestimmung der XII Tafeln über die Usucapion unbeweglicher Sachen, die Servituten u. s. w.

Hatte etwa das „plebejiſche Princip", dem man das Privateigenthum an Grund und Boden zuweiſt, bereits zur Zeit der XII Tafeln das patriciſche Princip ſo vollſtändig und ſeit ſo langer Zeit überwunden, daß auch nicht eine einzige Reminiscenz mehr davon übrig geblieben war? Und dies ſollte beim Grundeigenthum möglich geweſen ſein und während der Blüthezeit des Geſchlechterſtaats? — zwei Verhältniſſe, an denen ſich wenn irgendwo die bekannte conſervative Kraft der römiſchen Rechtsideen im verdoppelten und vervierfachten Maße hätte bewähren müſſen? Dies hätte ferner durch die Plebejer geſchehen ſollen, ſie, die damals noch in einer ſehr beſcheidenen und gedrückten Stellung lebten, und gar kein Intereſſe daran hatten, das nach jener Annahme ihnen allein bekannte Privateigenthum an Grund und Boden den Patriciern aufzudrängen?

Die ganze Anſicht enthält eine Häufung von Undenkbarkeiten und einen Verſtoß gegen den ſonſtigen Charakter der römiſchen Rechtsbildung, indem ſie ihr zumuthet, daß ſie ihre gewohnte Langſamkeit, Gleichmäßigkeit und Entwicklung von innen heraus dies eine Mal völlig hätte verläugnen, an ſich ſelbſt hätte untreu werden ſollen. Eine ſo fundamentale Einrichtung wie das ausſchließliche Geſammteigenthum hätte Anfang der Königszeit noch in voller Blüthe ſtehen und am Ende derſelben bereits in ihr gerades Gegentheil umſchlagen ſollen! Und dieſe coloſſale Revolution des ganzen Rechtszuſtandes — denn das war ſie — wird nur motivirt durch die vage Hypotheſe eines angeblich von vornherein völlig entgegengeſetzten Princips; nicht inneres Bedürfniß, nicht lediglich Entwicklung von innen heraus, ſondern lediglich die Macht des plebejiſchen Beiſpiels und äußeres Hineintragen eines an ſich Fremden hat ſie bewerkſtelligt. Und ohne Erſchütterungen wäre dieſe Revolution vorübergegangen, keine Spur davon hätte ſich in der Erinnerung des Volks, keine leiſe Reminiscenz im Recht ſelbſt erhalten; das freie unbeſchränkte Privateigenthum, wie es bei den Plebejern beſtand, hätte ſich eingeniſtet,

ohne daß die Gentilverfassung, die damit den Todesstoß erhielt, im mindesten sich zur Wehr gesetzt hätte!

Nein, es ist eine eben solche Verkehrtheit, das ursprüngliche Privateigenthum innerhalb des Geschlechterstaates völlig zu läugnen, als dann mit einem Salto mortale ins entgegengesetzte Extrem ein völlig freies und ungebundenes Privateigenthum anzunehmen. Die Wahrheit liegt zwischen beiden Extremen in der Mitte. Es gab nämlich von jeher in Rom an Grund und Boden theils ein öffentliches, theils ein durch das Interesse der Gens gebundenes Privateigenthum.

Das öffentliche Eigenthum des Staats, der ager publicus, ist bekannt. Es unterliegt für mich keinem Zweifel, daß dies Verhältniß sich ursprünglich keineswegs auf den Gesammtstaat beschränkte, sich vielmehr innerhalb jeder Gens wiederholte, ja daß es eher von der Gens auf den Gesammtstaat, als von letzterem auf das Gentilverhältniß übertragen worden ist. Ich berufe mich darauf, daß die Gens den Staat im Kleinen darstellt, daß von den drei Interessen, die ihren höchsten Culminationspunkt im Gesammtstaat finden, dem politischen, religiösen und militärischen, jedes innerhalb der Gens repetirt, und daß, wenn dort zur Versehung dieser Interessen das Verhältniß des ager publicus nöthig ist, es hier mindestens ebenso unentbehrlich gewesen sein muß. Der Schwerpunkt und die Lasten des ältesten Staates ruhten nicht sowohl in und auf ihm selber als in und auf den Gentes; bedurfte es für das Dach, das er über die einzelnen Geschlechterhäuser spannte, und das auf ihnen als auf seinen Pfeilern ruhte, des ager publicus, so war dasselbe Bedürfniß für die einzelne Gens in noch viel höherem Grade vorhanden.

Die Benutzung der Gentilgrundstücke läßt sich auf verschiedenartige Weise denken, theils nämlich als eine allen Gentilen gemeinsame und unentgeltliche, theils als eine getheilte und entgeltliche, etwa auf Grund einer unter ihnen vorgenommenen Verpachtung an den Meistbietenden. Das erste Verhältniß fand

zweifellos hinsichtlich der Gentilbegräbnisse Statt,[95] im germanischen Geschlechterstaat finden wir es auch bei Ackerland,[96] für Weideland ist es bei weitem das Natürlichste, und hierfür wird es auch in Rom vorgekommen sein.[96a]

Jene Gemeinsamkeitsverhältnisse haben sich nun abgesehen vom Gentilbegräbniß im spätern Recht nicht mehr erhalten, wohl aber, wie ich glaube, eine wichtige mittelbare, von ihrer Beziehung zur Gentilverfassung befreite Nachwirkung derselben — die Popularklagen.[96b] Diese Klagen sind eine merkwürdige Erscheinung; nicht bloß vom Standpunkt unseres heutigen öffentlichen Rechts aus, indem nämlich mittelst ihrer Privatpersonen eine unter bestimmte Rechtsgrundsätze gestellte Polizei ausüben,[97] sondern auch von dem des römischen, insofern nämlich

---

95) Göttling Gesch. der röm. Staatsverf. §. 40 a. E.

96) Caesar de bello Gallico IV, 1. VI, 22. S. darüber namentlich von Sybel Entstehung des deutschen Königthums S. 5 fl.

96a) Ager compascuus bei Cic. Top. c. 3. Horat. Carm. II, 15, 13. Privatus illis census erat brevis, commune magnum.

96b) Neben den von den Römern mit actio popularis bezeichneten Klagen, bei denen der Kläger das durch ihre Anstellung Gewonnene behält, kommt noch eine andere Art von Klagen vor, die ebenfalls Jedem aus dem Volk zusteht, bei der aber der Beklagte nicht ihm, sondern dem Volk verurtheilt wird, das dann durch seine Beamten die act. judicati erheben läßt (womit zu vergleichen S. 163 oben). Auf diese bisher übersehene Art der Klagen (die freilich von den Römern nicht mit jenem Namen belegt werden, Bruns Zeitschr. für Rechtsgeschichte III S. 370, 386 fl. 401 fl.) zuerst aufmerksam gemacht zu haben, ist das Verdienst von Th. Mommsen, Die latinischen Stadtrechte der Gemeinden Salpensa und Malaca S. 461—466, und Geib Lehrbuch des deutschen Strafrechts I S. 69—73, 106—110, das Verdienst von Bruns a. a. O., den Unterschied der beiden Arten von Klagen zur Anerkennung gebracht zu haben. — Mit der Darstellung im Text, welche sich auf die Popularklagen in der Sprache der Römer beschränkt und aus der ersten Auflage unverändert hinübergenommen ist, ist jetzt noch zu vergleichen III, 329, 337 fl.

97) Solche Popularklagen gibt das römische Recht jedem, der Lust hat, gegen denjenigen, der an öffentlichen Plätzen, Landstraßen, Gewässern u. s. w. polizeiwidrige Aenderungen vorgenommen, aus seinem Fenster oder von sei-

dies Recht im übrigen aufs allerstrengste an dem Grundsatz der Sachlegitimation des Klägers festhält, hier aber Klagen gewährt, die scheinbar nicht das mindeste specielle persönliche Interesse des Klägers voraussetzen.

Das Befremdende dieser Erscheinung verschwindet, wenn man sie mit jener eigenthümlichen Gemeinsamkeit des Rechts, wie sie innerhalb der Gentilverfassung Statt fand, in Beziehung setzt. Die Sachen der Gens gehörten sämmtlichen Gentilen zusammen.[98] Dies Recht unterschied sich von demjenigen, das dem Einzelnen als solchem zustand, dadurch, daß es kein exclusives, sondern ein ihm mit seinen Genossen ungetheilt-gemeinsames und sodann, daß es kein veräußerliches, sondern ein untrennbar mit der Eigenschaft als Verbindungsmitglied verknüpftes war — eine Art des Rechts, die im deutschen Recht sehr verbreitet, im spätern römischen aber dem Princip der Exclusivität des Rechts erlegen ist.[99] Die Popularklagen sind nun ihrer ursprünglichen Idee nach bestimmt, jenes eigenthümliche Verhältniß des ungetheilt-gemeinsamen Rechts zu schützen. Jedes Mitglied ist an sich klagberechtigt; wer wirklich Klage erhebt z. B. wegen Verletzung des gemeinsamen Begräbnisses, der vertritt damit, daß er sein eigenes Recht geltend macht, zugleich das Interesse seiner Genossen. Sein Klagfundament aber liegt in seinem eignen Recht, und der Umstand, daß seine Thätigkeit ebenfalls den Andern zu Gute kommt,

nem Dache Sachen hängen hat, die herunter zu fallen drohen und dadurch die Passage gefährden u. s. w.

98) Nicht ihr als einer juristischen Person; das ist eine Abstraction, deren erst der entwickelte juristische Verstand fähig ist, die wir also nicht in die Kindheitszeit des Rechts verlegen dürfen. S. dagegen III, N. 468 u. 480.

99) d. h. das ungetheilt-gemeinsame Eigenthum aller Mitglieder einer Corporation ward später als Eigenthum einer juristischen Person aufgefaßt. Es wird vielleicht die Zeit kommen, wo man diesen Schritt wieder zurückmacht und mit Aufgabe dieser Fiction jenes natürliche Verhältniß juristisch zu construiren versucht. Wenn der Versuch erst für das deutsche Recht befriedigend gelungen ist, wird dies für das römische Recht schwerlich ohne Einfluß bleiben. (Ich selber habe inzwischen diesen Versuch gemacht, III, 344.)

gibt ihr keineswegs den Charakter der Stellvertretung.[100] Diese Klagen lassen sich also wegen jener familienartigen Gemeinsamkeit, die sie zu schützen bestimmt sind, als Ausflüsse des Familienprincips bezeichnen.[100a] Wenn die spätern römischen Juristen in ihnen eine Ausnahme von dem Grundsatz: nemo alieno nomine lege agere potest erblicken, nämlich als ob der Kläger mittelst ihrer das Recht und Interesse des Staats vertrete,[100b] so ist dies vom Standpunkt der modern römischen Construction des Verhältnisses (Persönlichkeitstheorie) vollkommen richtig, allein andererseits haben doch auch sie im Gegensatz zu unserer modernen Jurisprudenz (III, Note 466, 468[a]) die reale Gestalt des Verhältnisses nie verkannt (III, Note 468, 478—480). Gleich wie die Gentilsachen nicht im Eigenthum der Gens als gedachter juristischer Persönlichkeit, sondern in dem der Gentilen stehen, so auch die res publicae nicht in dem des Staats, sondern sämmtlicher Staatsangehörigen. Der Einzelne also, der z. B. wegen Verletzung der Landstraße klagt, stützt sich auf sein eigenes Recht und Interesse, nur daß die Beziehung dieser Sache zu ihm hier eine schwächere und weniger in die Augen springende ist als bei den Gentilgrundstücken; denn je ausgedehnter der Kreis derer wird, die zur ungetheilt-gemeinsamen Benutzung und zur klageweisen Geltendmachung derselben berufen sind, um so mehr kann sich der Gesichtspunkt, daß Jeder hier sein eigenes Recht ausübt, der Beobachtung entziehen.

100) Es läßt sich hier der Satz anwenden, den die l. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5) enthält: aliquid ex ordine facit et ideo ceteris quoque prodest.

100[a]) Eine ganz eigenthümliche bisher viel zu wenig beachtete Kategorie derselben sind die Popularklagen zum Schutz schutzbedürftiger Personen, z. B. der bevormundeten Unmündigen (postulatio suspecti tutoris l. 1 § 6 de susp. tut. 26. 10), der Minderjährigen (judicium legis Plaetoriae III, 118) und andere Fälle III, 111 fl.

100[b]) Gaj. IV, 82 . . alterius nomine agere non licebat nisi pro populo. l. 1 de pop. act. (47. 23) popularem actionem, quae suum jus populi (-o?) tuetur l. 8. §. 3 de O. N. N. (39. 1, . . alieno jure contendo, non meo.

Neben dem Gesammteigenthum der Gentilen gab es nun, wie wir oben zu begründen versuchten, auch Privateigenthum an unbeweglichen wie beweglichen Sachen. Es ist bereits bemerkt, daß die Ungebundenheit, mit der sich später die Idee des Eigenthums entwickelt, mit der Gentilverfassung unvereinbar war. Welcher Art die Beschränkungen waren, denen die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers im Interesse der Gens unterlag, läßt sich für die Veräußerung einzelner Sachen nicht näher bestimmen.[101])

Dahingegen glaube ich nachweisen zu können, daß die Gens gegen die Gefahr, ein Gesammtvermögen zu verlieren gesichert war. Ein solcher Verlust war für sie auf doppelte Weise möglich, nämlich theils durch Austritt, theils durch testamentarische Dispositionen ihrer Mitglieder. Was jenen ersten Fall anbetrifft, so ging das römische Recht von der Ansicht aus, daß dem Bürger der Austritt aus dem Staatsverbande jeder Zeit frei stehe, und daß damit seine Rechte wie seine Pflichten gegen den Staat und die Einzelnen erlöschen. Die Gens konnte von ihrem Standpunkte aus der Aufgabe des Staatsbürgerrechts Nichts in den Weg legen; wer von ihr nichts mehr begehrte, von dem durfte auch sie ihrerseits nichts fordern. In dieser Freizügigkeit lag keine sonderliche Gefahr [§. 16]. Ganz anders stand die Sache, wenn Jemand seine Gens verlassen wollte, nicht um sein Staatsbürgerrecht aufzugeben, sondern um in eine andere Gens überzutreten; ein Erfolg, der auf dem Wege der Arrogation erreicht werden konnte, indem nämlich der Austretende sich von einem Mitgliede der neuen Gens als Sohn annehmen ließ. Sein ganzes Vermögen fiel damit dem Adoptivvater zu, kam also

101) Von der gänzlichen Entziehung der Dispositionsbefugniß, durch eine cura prodigi ist bereits oben die Rede gewesen. Rudorff Schriften der röm. Feldmesser II S. 303 nimmt für die älteste Zeit die Stammgutseigenschaft d. i. die Unveräußerlichkeit der ursprünglichen romulischen Landloose an; die zwei Gründe, welche er anführt, sind sehr schwach; ich habe mich darüber in der Vorrede zu Bd. 2 Abth. 2 ausgesprochen.

aus seiner bisherigen Gens heraus.[102] Derselbe Erfolg konnte dadurch eintreten, daß Jemand das Mitglied einer andern Gens zum Erben einsetzte. In beiden Fällen hing aber nach älterm Recht diese Disposition weder ganz von der Zustimmung der betheiligten Gens ab, noch war sie ganz ins Belieben des Subjects gestellt. Das System der öffentlichen Garantie (S. 141 und §. 15) gab dem Volk Gelegenheit, den Conflict zwischen dem Interesse der Gens und dem Willen eines ihrer Mitglieder je nach Befund der Umstände zu Gunsten des einen oder andern Theils zu schlichten. Es konnte ebensowohl Voraussetzungen geben, unter denen jene beiden Maßregeln durchaus gerechtfertigt, wohl gar dem Interesse des Staats förderlich waren, als umgekehrt Fälle, in denen der Widerspruch der Gens volle Beachtung verdiente. Die der Abstimmung des Volks vorausgehende Verhandlung gab den interessirten Personen, wozu bei der Arrogation auch die Gläubiger gehörten, Gelegenheit ihr Interesse geltend zu machen.

Wir haben im Bisherigen die innere Organisation der Gens erörtert, und damit ist das Wesentliche der Gentilverfassung angegeben. Das Verhältniß der Gentes zum Gesammtstaat läßt sich für unsern Zweck mit wenig Worten erledigen. Letzterer ist ein Staatenbund, der seinem letzten Grunde nach auf den Gentes beruht. Nach den Gentes sind die Rechte und Lasten des Staats vertheilt, mit dem einzelnen Bürger steht der Staat in keiner unmittelbaren politischen Beziehung. Die Curien und Tribus sind Zusammensetzungen der Gentes, deren ursprüngliches Motiv ich in dem Interesse der Wehrverfassung erblicke; ihre politische Bedeutung und ihre corporative Innigkeit tritt gegen die der Gentes ganz in den Hintergrund. Letztere sind sittlich und

102) Die in adoptionem datio konnte gleichfalls einen Uebertritt in eine fremde Gens begründen, allein hier ging kein Vermögen mit über, weil der Hausſohn vermögensunfähig war; darum brauchte man hier dem Willen des Vaters keine Beschränkung aufzulegen.

juriſtiſch am ſtärkſten entwickelt, die Verbindung wird loſer, je weiter ſie hinaufſteigt, und der Geſammtſtaat ſteht nicht über den Gentes, ſondern beſteht aus ihnen d. h. ſeine Macht iſt nur die Summe der ihrigen. Wie die Gens nur ein coordinirtes Verhältniß der Gentilen begründet, ſo auch der Geſammtſtaat nur eine coordinirte Verbindung der einzelnen Gentes. Die weitere Ausführung dieſes Gedankens verſchieben wir paſſender auf den nächſten Paragraphen und gedenken hier nur noch, bevor wir die Gens verlaſſen, der Rückwirkung, die ſie unſerer Anſicht nach auf die Familie ausgeübt hat.

Im ältern römiſchen Recht hat ſich die Familie von ihrer natürlichen Baſis, der Blutsverwandtſchaft weit entfernt. Bloße Blutsverwandſchaft iſt hier eine ziemlich gleichgültige Thatſache; die civilen Verwandten, die Agnaten haben die Blutsverwandten, die Cognaten in den Hintergrund gedrängt. Der entfernteſte Agnat und die Gentilen ſchließen den emancipirten Sohn beim Tode ſeines Vaters oder den Enkel bei dem ſeines mütterlichen Großvaters von der Erbſchaft aus; beiden dem Verſtorbenen ſo nahe ſtehenden Perſonen, vielleicht ſeinen einzigen Deſcendenten, erkennt das Recht, das in ihnen nur Fremde erblickt, kein Erbrecht zu, ſelbſt nicht an letzter Stelle. Woher dieſe ſcheinbare Härte? Sie war eine Conſequenz der formaliſtiſchen Behandlung des Verwandtſchaftsverhältniſſes, die durch die politiſche Function deſſelben in der Gentilverfaſſung nothwendig gemacht wurde. Indem die Familie eine politiſche Corporation wird, nimmt ſie nothwendigerweiſe Beſtandtheile in ſich auf und unterwirft ſich Beſchränkungen, die ihrem urſprünglichen Weſen fremd ſind. Es bereitet ſich damit eine Spaltung, die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der natürlichen und juriſtiſchen Familie vor; während dieſe mit den weſentlichſten rechtlichen Vortheilen des Familienverhältniſſes ausgeſtattet wird, iſt jene derſelben beraubt und nur auf das freie Walten der individuellen Liebe angewieſen.[102a]) Aus der Oppoſition, in der ſich die natürliche Fami-

102a) Darum auch die genaue ſprachliche Unterſcheidung zwiſchen Ohei-

lienliebe in einem ſolchen Fall zu der juriſtiſchen Behandlungsweiſe fühlte, ging das Beſtreben hervor der natürlichen Familie durch Rechtsgeſchäfte zu erſetzen, was das Geſetz ihr verſagt hatte, insbeſondere durch Teſtament das Inteſtaterbrecht. Bei den vorrömiſchen Völkern hemmte die Familie die teſtamentariſche Freiheit, bei den Römern treibt ſie durch ihre theilweiſe verſchobene Stellung dieſelbe hervor, wenigſtens läßt ſich dieſe Stellung als zureichender Grund bezeichnen, der das Bedürfniß der Teſtamente in Rom motivirt, während man abgeſehen davon auf eine ſolche Motivirung verzichten und vielmehr annehmen müßte, daß die Teſtamente nicht einem ſittlichen Motive, ſondern der Willkühr, der Auflehnung gegen die bei allen Völkern bemerkbare Verbindung des Erbrechts mit der Familie ihren Urſprung verdankt hätten. Im Zweifel darf man vermuthen, daß ein Rechtsinſtitut an dem Punkt zuerſt zum Vorſchein gekommen iſt, wo das Bedürfniß nach demſelben am dringendſten war. Wir haben für die römiſchen Teſtamente einen ſolchen Punkt aufgedeckt und halten es für wahrſcheinlicher, daß daſſelbe ſittliche Motiv, dem das Erbrecht überhaupt ſeine Exiſtenz verdankt, das der Familienliebe, auch die Teſtamente hervorgerufen, als daß die bloße Willkühr dieß hätte vollbringen können.

Der Staat vom Standpunkt des ſubjectiven Princips aus — Die publiciſtiſche Societät der Individuen — Baſirung der Strafgewalt auf Rache, der geſetzgebenden Gewalt und des Rechtsſchutzes auf Vertrag — lex und jus — Dualismus der vom Staat anerkannten und der bloß ſubjectiven Rechte.

XV. Der Weg, den wir bisher zurückgelegt haben, hat uns vom Individuum aus durch die Familie zur Gens geführt, und wenn wir jetzt den letzten Schritt machen, den von der Gens zum Staat, ſo iſt es nicht ſowohl das Ziel, bei dem wir damit anlan-

men und Tanten, bez. Großoheimen und Großtanten von Vater- und Mutterſeite (patruus, amita — avunculus, matertera).

gen, dem wir unſere Aufmerkſamkeit zuwenden wollen — die vielbeſprochene älteſte Verfaſſung des römiſchen Staats —, als der Schritt ſelbſt, den wir zu dem Zweck zu thun haben. Unſere Frage iſt nämlich die: ſtellt ſich der Staat gegenüber den Ideen, die wir bisher haben kennen lernen, als Schritt oder als Sprung dar, mit andern Worten iſt er mittelſt ihrer conſtruirbar, oder enthält er etwas ſpecifiſch Neues?

Dieſe Frage mag befremdend erſcheinen; denn iſt, kann man ſagen, der Staat gegenüber den Individuen nicht ſtets etwas ſpecifiſch Neues, iſt er nicht eine von ihnen verſchiedene, ihnen übergeordnete Macht, thätig werdend durch eigene Organe und Vertreter, ein Weſen höherer Art mit höheren Zwecken und höheren Mitteln? Das iſt allerdings der Staat der Gegenwart, aber es iſt nichts verkehrter, als dieſe Auffaſſung überall, wo der Staat in der Geſchichte ſich zeigt, zu ſupponiren; denn ſie ſelbſt ſowohl wie der Staat, dem ſie entſpricht, iſt das Werk eines langen hiſtoriſchen Prozeſſes. Uns dünkt dieſe Auffaſſung ſo natürlich, daß wir nur gar zu leicht in den Fehler verfallen, ſie in die Vergangenheit zu übertragen, während doch letztere mit ihrem Staat völlig andere Ideen verband. So wie ein und derſelbe Gegenſtand in verſchiedenen Sprachen von ſehr verſchiedenen Geſchichtspunkten aus benannt ſein kann, der Römer, wenn er das lateiniſche Wort gebrauchte, ſich den Gegenſtand von einer ganz andern Seite, in ganz anderer Weiſe dachte als wir bei dem entſprechenden Ausdruck unſerer Sprache, ſo iſt es auch mit dem Staat und allen ſeinen Gewalten und Funktionen der Fall. Civitas, res publica bezeichnet denſelben Gegenſtand, den wir Staat nennen, lex überſetzen wir mit Geſetz, judex mit Richter, poena mit Strafe u. ſ. w., und es erſcheint uns unbedenklich, den älteſten römiſchen Staat, weil wir leges und judices in ihm antreffen, mit einer geſetzgebenden und richterlichen Gewalt auszuſtatten. An dieſen modernen Ausdrücken klebt aber die ganze politiſche Anſchauung unſeres Jahrhunderts; unbewußt tragen wir mit jedem Worte etwas Falſches in den römiſchen Staat hinein.

Dieſer Fehler iſt es, den ich im Folgenden unausgeſetzt bekämpfen werde. Ich hoffe zeigen zu können, daß der älteſte römiſche Staat auf ganz anderen Ideen beruhte, als die wir mit dem Staat verbinden, daß die Römer unter res publica, jus publicum, judex, poena publica u. ſ. w. ſich etwas ganz anderes dachten, als was wir unter den entſprechenden Ausdrücken unſerer Sprache uns vorſtellen. Das Prisma ihrer ganzen Auffaſſungsweiſe war meiner Anſicht nach das Princip des ſubjectiven Willens (§ 10—12), und wir wollen im Folgenden den Verſuch machen, uns auf dieſen Grund hin ihre Anſchauung zu reconſtruiren. Möge unſer Verſuch vorläufig immerhin den Schein einer aprioriſchen Conſtruction auf ſich laden, im Verlaufe der Darſtellung wird dieſer Schein hoffentlich mehr und mehr ſchwinden, und ich halte meinen Zweck für völlig erreicht, wenn mir ſchließlich nur die bloße Möglichkeit meiner Anſicht zugeſtanden wird. Die erwieſene Möglichkeit einer Entſtehung des römiſchen Staats aus dem ſubjectiven Princip heraus hat für die Annahme ihrer Wirklichkeit daſſelbe Gewicht, das man jeder Hypotheſe einräumt, die zwei hiſtoriſch beglaubigte Punkte durch eine Verbindungslinie zu verknüpfen weiß. Da die Geſchichte wie die Natur keine Sprünge kennt, da beide das Größte aus dem kleinſten Keim hervorgehen laſſen, ſo ſind wir ganz in unſerm Recht, wenn wir für den Staat und ſeine Inſtitutionen uns nach geringen Anfängen umſehen, ſie an ein Minimum vorausgeſetzter ſittlicher und politiſcher Ideen anzuknüpfen verſuchen.

Vom Standpunkte des ſubjectiven Princips aus ſtellt ſich die ſtaatliche Gemeinſchaft als ein Vertragsverhältniß dar. Der Zuſtand der Verträglichkeit, in dem der Einzelne mit dem Einzelnen lebt, iſt die Folge eines ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Vertrages, der Friede, pax, die des pactum, des pacisci. Das dadurch begründete Gemeinſchaftsverhältniß

aber ist das der Gleichheit, der Coordination. Untersuchen wir, zu welchen Consequenzen wir gelangen, wenn wir diesen Gesichtspunkt consequent durchführen.

1. Der Staat verhält sich zu den Bürgern ebenso, wie die Gens zu den Gentilen, d. h. er ist nichts von ihnen verschiedenes, nichts außer und über ihnen, sondern der Staat sind sie selbst, Staat und Volk ist gleichbedeutend. Wenn die natürlichen Personen bei der Bildung der Gens der Abstraction einer von ihnen verschiedenen Persönlichkeit noch nicht erlegen sind (Note 98), so folgt daraus, daß das bloße Addiren mehrerer Gentes zu einem Gesammtstaate, das Zusammentreten mehrerer Personen auf der einen mit mehreren Personen auf der andern Seite dies Verhältniß nicht ändert. Beide Verhältnisse stehen juristisch gesprochen unter dem Gesichtspunkt einer politischen Societät, der Staat als Subject erfaßt sind die sämmtlichen cives, die „civitas". Aus diesem Hauptgesichtspunkt folgt:

2. Soweit diese publicistische Societät reicht, erscheint als Subject der daraus fließenden Rechte, als Vertreter ihrer Interessen nicht der Staat, sondern das gesammte Volk die sämmtlichen Bürger und folglich auch jeder einzelne derselben. Privatrechte und öffentliche Rechte unterscheiden sich nicht durch Verschiedenheit des Subjects von einander; Subject ist für beide die natürliche Person, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Privatrechte auf den Einzelnen eine ausschließliche Beziehung haben, während an den öffentlichen Jeder participirt. Der Ausdruck für jene ausschließliche Beziehung ist proprium (pro privo),[103] für diese dem Volk gemeinsamen Interessen populicum, publicum, popularis. Res publica, nach späterer Auffassung der Staat als Persönlichkeit gedacht, bezeichnet daher ursprünglich nichts weiter als was allen gemeinsam ist, res publicae die einzelnen Sachen der publicistischen Societät z. B.

---

103) Wegfall des v wie bei dewa, divus, deus. Pott a. a. O. B. 1 S. 266.

öffentliche Wege, Plätze u. s. w., an denen Jeder gleiches Recht hat. [104])

Wenn nun die einzelnen Individuen als Subjecte der öffentlichen Rechte aufzufassen und die öffentlichen Interessen nichts sind als die Interessen Aller und darum auch jedes Einzelnen, so folgt daraus, daß jeder Einzelne berufen und berechtigt ist, diese Interessen wahrzunehmen, eine Verletzung derselben zu verhindern oder, wenn sie geschehen, sich in derselben Weise Genugthuung zu verschaffen wie in seinen Privatangelegenheiten. Bestand nun rücksichtlich der letzteren das ursprüngliche Mittel in der Selbsthülfe, so dürfen wir auch hier denselben Entwicklungsgang annehmen, und zwar können wir dabei in gleicher Weise wie auf dem Gebiete des Privatrechts eine Selbsthülfe im engern Sinn und eine Privatrache unterscheiden. Eine Beeinträchtigung des freien Gebrauchs der öffentlichen Sachen, eine Gefährdung der Sicherheit der Passage u. s. w. würde nur zur Selbsthülfe im engern Sinn Veranlassung gegeben haben, sie enthielt keine Verletzung der Persönlichkeit des Berechtigten. In späterer Zeit tritt an die Stelle dieser vom Volk in formloser Weise gehandhabten Polizei die solenne Form derselben: actio popularis, über die bereits bei Gelegenheit des analogen Verhältnisses innerhalb der Gens (S. 201) das Nöthige bemerkt ist. Wie sehr sich in der actio popularis, die jeder Bürger als solcher anstellen kann, die ganze Auffassung, um die es uns hier zu thun ist, daß nämlich die Bürger, nicht der Staat, das Subject der öffentlichen

104) Dieser Gesichtspunkt ist namentlich bei der Geschichte des ager publicus nicht außer Acht zu lassen. Er ist das Gemeinde-Land sämmtlicher Patricier, ein gemeinschaftliches, ungetheiltes Eigenthum derselben, von diesem Gesichtspunkt aus konnten sie die darauf zielenden Bestrebungen der Plebejer im vollen Gefühl ihres Rechts als Angriffe auf ihr Eigenthum zurückweisen. Eine Bezugnahme darauf aus späterer Zeit s. bei Cicero Tusc. Disp. III, 20 §. 48: nolim mea bona (das Staatsvermögen) Gracche tibi viritim dividere liceat, sed si facias, partem petam. S. auch B. III, 332 Note 468.

Rechte sind, abspiegelt, darauf braucht nicht erst besonders aufmerksam gemacht zu werden.

Fiel die der Gesammtheit zugefügte Rechtskränkung unter den Gesichtspunkt eines Delicts oder Verbrechens (delictum oder crimen publicum) — und dies war mittelbar auch bei einer Handlung möglich, die zunächst nur gegen eine Privatperson gerichtet war — so übte consequenterweise das ganze Volk Rache (vindicta publica). In einzelnen Spuren schimmert dieser primitive Zustand, von dem die Geschichte uns bei andern Völkern so viele Beispiele gewährt, noch deutlich genug durch.[105] Den falschen Zeugen stürzte das Volk vom tarpejischen Felsen, den homo sacer, über den wir erst bei Gelegenheit des religiösen Princips handeln können, schlug todt, wer da Lust hatte. Wie nun aus der Privatrache sich die Klage auf Privatstrafe entwickelte, so aus der vindicta publica die auf öffentliche Strafe (judicium publicum). In späterer Zeit, als der Staat, nicht die sämmtlichen Einzelnen, als der Verletzte aufgefaßt wird, fallen Delict und Verbrechen, Privat- und öffentliche Strafe sowohl ihrem Begriff als der Form des Verfahrens nach weit auseinander, allein das Ursprüngliche ist die Gleichheit des Gesichtspunktes, wie sie sich noch darin ausspricht, daß die Ausdrücke delictum, vindicta, poena ebensowohl von Verbrechen als Privatdelicten gebraucht wurden.

Der Uebergang von der Volksjustiz zur organisirten Strafrechtspflege erfolgte weit früher als der der Privatrache zu dem System der Privatstrafen. Zur Zeit der XII Tafeln, wo diese Umwandlung hinsichtlich der Privatrache noch im Werden begriffen ist, erscheint sie hinsichtlich der vindicta publica bereits vollständig abgeschlossen. Woher diese Erscheinung? Vielleicht daher, weil die öffentliche Rache, ich möchte sagen, weit unbe-

105) Rubino a. a. O. S. 478 fl. will auch in der Provocation „einen geringen Ueberrest einer in der Vorzeit gegen die innern Feinde der Staatsgesellschaft üblichen Volksjustiz" erblicken, aber gewiß mit Unrecht.

holfener, ſchwerfälliger und darum weniger lebensfähig war als die Privatrache. Während nämlich bei letzterer nur zwei Perſonen ſich gegenüber ſtanden, der endliche Zweck der Rache alſo, die Satisfaction, ſich hier durch einen Vertrag beider Perſonen leicht erreichen ließ, drohten dem Thäter bei der öffentlichen Rache ſo viele Gegner als Verletzte — und verletzt war ja jeder Bürger — es nützte ihm alſo nichts ſich mit Einem oder Mehreren von ihnen abzufinden, denn es blieben immer nichtabgefundene Perſonen übrig. Das einzige Mittel zur Erledigung der Sache beſtand darin, mit dem geſammten, in den Comitien verſammelten Volk oder mit Einem, der daſſelbe in dieſer Beziehung zu vertreten ermächtigt war, den Abfindungsvertrag abzuſchließen. Die Organiſirung der Strafrechtspflege war alſo in der That ein Fortſchritt im Intereſſe des Verbrechers. Statt daß ihm früher Rache drohte, wo er ſtand und ging, ſtatt daß dieſelbe früher völlig maßlos und unbeſtimmt war, und kein Vertrag, keine Berufung auf bereits geleiſtete Genugthuung ihn gegen das Verlangen einer wiederholten Gewährung derſelben ſchützte, verſchaffte ihm jene Veränderung den Vortheil einer definitiven Erledigung der Sache durch Zuerkennung einer der Geſammtheit zu leiſtenden Strafe.

Die erkannte Strafe ließ ſich wie die Privatſtrafe unter einen doppelten Geſichtspunkt bringen, unter den einer Abfindung der Rache und den einer in veränderter Form vollzogenen Ausübung derſelben. Von beiden Geſichtspunkten aus war ein Uebergang von der wilden Volksjuſtiz zur geordneten Strafrechtspflege möglich. Sie gehen übrigens ſo in einander über, daß man ſich nicht ausſchließlich für den einen oder andern entſcheiden kann. Auch der Geiſt, in dem das römiſche Volk zur Zeit der Republik die Strafgerichtsbarkeit handhabte, verträgt gleichmäßig die Unterſtellung des einen wie des andern Geſichtspunktes. Bei den Verhandlungen, die vor dem Volke Statt fanden, hing der Erfolg bekanntlich nicht ſo ſehr von der Größe und Strafwürdigkeit des Verbrechens als von dem Maße ab, in dem

das Rachegefühl des Volks erregt, die Verletzung empfunden ward (II, 46, bez. 43). An einem verhaßten Bürger rächte sich das Volk bei Gelegenheit eines verhältnißmäßig leichten Verbrechens, und bei einem schweren Verbrechen, das aber von einem populären Bürger verübt war, ließ es mit sich handeln und sich dessen gute Gesinnung und dem Staat geleistete Dienste als Abfindungspreis gefallen.

Der Versuch, die Strafgewalt des Volks aus dem Gesichtspunkt zu erklären, daß das Verbrechen Alle verletzt habe und darum auch die Rache Aller herausfordere, würde diese Gewalt mit der obigen Annahme des Coordinationsverhältnisses in Uebereinstimmung bringen. Die erkannten Strafen, mochten sie selbst in Todesstrafe, Exil, Beschlagnahme des Vermögens u. s. w. bestehen, weisen durchaus nicht auf eine Ueber- und Unterordnung, auf eine Macht über Leben und Tod hin. Die Privatrache, bei der ja zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten zweifellos ein coordinirtes Verhältniß Statt fand, gewährt fast zu jeder Strafe ein Seitenstück. Zur Todesstrafe — ich erinnere an den nächtlichen Dieb, den Ehebrecher, den Banquerotteur; zum Verkauf in fremde Sklaverei, den das Volk bei dem, der sich zum Census oder zur Aushebung nicht gestellt hatte (dem incensus und infrequens), vornahm — ich verweise auf den zahlungsunfähigen Schuldner; zur publicatio bonorum — auch der Gläubiger nimmt das zurückgelassene Vermögen seines flüchtigen Schuldners in Besitz. Hinsichtlich des Exils bedarf es keiner Bemerkung, daß das Recht der Ausschließung, welches jeder Gesellschaft zusteht, niemals eine Ueberordnung voraussetzt, sondern sich rein vom Standpunkt der Societät aus ergibt. [105a])

Den bisher entwickelten Ideen steht die Ansicht entgegen, daß das Volk erst zur Zeit der Republik in den Besitz der Strafgewalt gekommen, letztere früher den Händen des Königs anvertraut gewesen und einen ursprünglichen Bestandtheil der königs-

105a) Auf diesen Gesichtspunkt sucht noch Cicero pro Caecina c. 33, 34 die Verwirkung des Bürgerrechts zurückzuführen.

lichen Gewalt gebildet haben solle. So sehr diese Ansicht durch unsere Quellen unterstützt zu sein scheint, so halte ich sie doch für verkehrt. Allerdings stand dem Könige eine sehr wirksame Strafgewalt zu, ich hoffe aber später (§ 17) nachzuweisen, daß sie sowohl wie die ganze Würde des Königs ursprünglich rein militärischer Natur war. Es muß zugegeben werden, daß sie im Laufe der Zeit die Strafgerichtsbarkeit des Volks beeinträchtigte, ja ganz in den Schatten drängte, und ich finde es ganz begreiflich, daß unsere Quellen nur den König als Innehaber der Strafgewalt erwähnen. Aber andererseits ward doch dem Volk nicht jeglicher Antheil an der Strafrechtspflege entzogen, wie das Provocationsrecht beweist (§. 17), und für die Urzeit ist dieser spätere Zustand überhaupt nicht maßgebend. Wenn daher zur Zeit der Republik das Volk im Besitz der höchsten Strafgerichtsbarkeit erscheint, so haben wir uns dies meiner Ansicht nach nicht so zu denken, als ob das Volk erst jetzt zum ersten Mal erhalten hätte, was es bis dahin nie gehabt hatte, sondern es erhielt nur zurück, was ihm durch die Usurpation der Könige entzogen worden war.

Wir erinnern jetzt des Zusammenhanges wegen an den Satz, von dem wir ausgingen, nämlich daß nicht der Staat, sondern das gesammte Volk und mithin jeder Einzelne das Subject des jus publicum war. Ist dieser Satz richtig, so muß er wie von den aus dem jus publicum fließenden Rechten so auch von den durch dasselbe auferlegten

3. Pflichten gelten, und in der That gewährt uns das römische Völkerrecht eine schlagende Consequenz. Ein mit einem fremden Volke abgeschlossener Vertrag verpflichtet nicht die beiderseitigen Staatsgewalten, sondern sämmtliche Angehörige beider Völker, darum wird der Einzelne, der diesen Vertrag verletzt, weil er damit eine auch ihm obliegende Verpflichtung gebrochen, dem fremden Volk überliefert (deditio).[106] Krieg und Frieden

106) Liv. I, 22. V, 36. VII, 20 u. a. Walter Röm. R.-Gesch. Aufl. 3. §. 74, 75.

zwischen zwei Staaten ist Krieg und Frieden zwischen sämmtlichen Individuen.

4. Wille des Staats ist Wille sämmtlicher Bürger, das Gesetz ein Vertrag, wodurch sich letztere gegenseitig zu einer gewissen Handlungsweise verpflichten, Recht im objectiven Sinn ist die daraus entstehende Verpflichtung Aller. Nicht der Staat als ein über den Bürger erhaben gedachtes Wesen, sondern die Individuen sind das Subject der gesetzgebenden Gewalt, die ursprüngliche Form des Gesetzes ist nicht die eines an Untergebene gerichteten Gebotes oder Verbotes, sondern die einer zwischen gleichgestellten Personen getroffenen Uebereinkunft — eine Entwicklung des Rechts im objectiven Sinn aus dem Vertrage heraus, die sich auch anderwärts vielfach nachweisen läßt. [107]

Das Gesetz also ist nichts als eine auf das ganze Volk angewandte Obligationsform. Darum ist wie bei der Obligirung Einzelner so auch hier Frage und Antwort (Stipulationsform) nöthig, das Volk wird rogirt [108] und ertheilt durch Abstimmung seine Antwort. Im Geiste dieses ursprünglichen Verhältnisses nennt daher ein römischer Jurist [109] das Gesetz ganz zutreffend eine communis reipublicae sponsio.

Etymologisch weist uns der Ausdruck lex auf die Vorstellung des „legere" = „Legens" hin, lex wäre also etwa gleichbedeu-

---

107) In Deutschland z. B. bei der Geschichte der landständischen Verfassung. Das Staatsrecht (im objectiven Sinn) erscheint hier als der Inbegriff der den Ständen vertragsmäßig eingeräumten (subjectiven) Rechte.

108) Lex rogatur. So werden auch die Zeugen beim Testament, welche die Stelle des Volks einnehmen (S. 119), rogirt; daher auch der Ausdruck arrogatio, worin beiläufig gesagt ein neuer Grund für die a. a. O. vorgetragene Ansicht, daß bei beiden Akten ursprünglich das Volk abgestimmt habe, gefunden werden kann. Uebrigens hat bereits Rubino a. a. O. S. 255 in der Form der Befragung und Abstimmung des Volks die Aehnlichkeit mit der Stipulation erkannt, ohne aber freilich im Uebrigen den Weg, den ich hier eingeschlagen habe, zu verfolgen.

109) Papinian in l. 1 de legib. (1. 3).

tend mit Auflage.[110]) Der Sprachgebrauch, der diesen Ausdruck gleichmäßig von Gesetzen wie von Privatvereinbarungen[111]) gebraucht, zeigt, daß beide ursprünglich in der Vorstellung der Römer auf einer Linie standen. Gesetz und Vertrag sind ursprünglich nicht durch ihre intensive Wirksamkeit, sondern bloß durch ihr Anwendungsgebiet unterschieden, in derselben Weise wie die vindicta publica und privata. Eine lex publica ist ein Vertrag Aller, und umgekehrt eine Privatvereinbarung ein Gesetz für die beiden Contrahenten. Wie nun der Privatvertrag, um wirksam zu sein, die Angelegenheiten der Contrahenten zum Gegenstande haben muß, so gleichfalls der öffentliche Vertrag die Interessen sämmtlicher Bürger. Der Satz: jus publicum privatorum pactis mutari non potest, läßt sich dahin umdrehen: jus privatum pactis publicis mutari non potest, d. h. das Gesetz soll keine lex privi d. i. privi-legium einführen.[112])

Die Wirkung des Gesetzes für den Einzelnen ist die eines Vertrages, den er selbst mit abgeschlossen hat.[113]) Eine Uebertretung des Gesetzes ist also die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit, und je nachdem das Volk selbst oder ein Einzelner das Subject ist, dem das jener Verbindlichkeit correspondirende Recht zugedacht war, und das mithin durch die Verletzung desselben

---

110) Auch unser deutsches Legen, Liegen ist in demselben Sinne verwandt worden z. B. Auflage, Obliegenheit alth. lag das Gesetz. Die Etymologen streiten aber darüber, ob neben der Wurzel leg im Sinne von zusammensuchen, sammeln (legere in der Bedeutung von Lesen = das Sammeln, Zusammenlesen von Buchstaben) noch eine eigne Wurzel λεχ (legen, lectum = worauf man sich legt d. i. Bett, lex = Auf-lag-e) anzunehmen ist. Pott a. a. O. S. 257. 258.

111) z. B. vendere, dare hac lege, lex commissoria, leges rerum venalium vendendarum u. s. w.

112) Der bekannte Satz aus den XII Tafeln: privilegia ne irroganto.

113) Ob er für oder gegen das Gesetz stimmte oder an der Abstimmung keinen Antheil nahm, ist für diese Auffassung gleichgiltig. Indem er im Staate bleibt, erkennt er das Gesetz hinterher auch für sich als bindend an.

beeinträchtigt wird, kann das Volk oder der Einzelne zur Selbsthülfe schreiten.

Diese Wirkung des Gesetzes, daß Jeder gebunden wird, drückt der Ausdruck jus aus. Lex bezeichnet den Grund des Rechts, den Akt des Auferlegens, jus die Folge, den dauernden Zustand des Gebundenseins. Die lex publica begründet das jus im objectiven Sinn, die Rechtssätze; die lex privata, der Vertrag, das jus im subjectiven Sinn, die Berechtigung. Wie Gesetz und Vertrag, die später so weit auseinander gehen, ursprünglich identisch gewesen sind, so auch Recht im objectiven und subjectiven Sinn.

Jus[114]) ist das Band, das Bindende, die Rechtsnorm und

114) Von der Sanskrit-Wurzel ju „verbinden", von der auch jugum, das deutsche Joch, jumentum, jungere und eine Menge anderer Wörter in verschiedenen Sprachen stammen. S. des Weitern Pott a. a. O. S. 213. Aus dieser Wurzel erklärt Pott auch das seltsame Zusammentreffen der zwei Bedeutungen von jus als Recht und Brühe. Im Lettischen findet sich nach seiner Angabe das Wort jaut d. h. Mehl mit Wasser einrühren, verbinden. Unser deutsches „Jauche" ist vielleicht dasselbe Wort mit jus im Sinn von Brühe. Interessant ist die Verschiedenheit der römischen und griechischen Bezeichnung des Rechtsbegriffs. Beide Sprachen bedienen sich zu dem Zweck verschiedener Wurzeln, die griechische der Wurzel dic δίκη, zeigen, von der in der lateinischen Sprache dicere, digitus u. s. w., letztere der Wurzel ju, von der das griechische ζυγόν, jugum stammt. Das griechische Wort entspricht unserm deutschen „Weise" und hat, wie letzteres, die doppelte Bedeutung von „Art und Weise" und die von Norm, Regel (wie im Deutschen z. B. die Gesangweise). Δίκαιος ist seiner ursprünglichen Bedeutung nach der, der die Art befolgt, der Art-ige. Das beide Bedeutungen vermittelnde Moment ist das des Musters, Vorbildes; aus dem Vorbilde, der Präcedenz wird Brauch, Sitte, Recht. Die griechische Sprache faßt also bei ihrer Bezeichnung des Rechtsbegriffs das Moment des Hergebrachten, Ueblichen ins Auge, die Entstehung aus der Gewohnheit, die lateinische Sprache die Wirkung, nämlich die verbindende Kraft des Rechts. Außerdem hat die griechische Sprache noch das Wort νόμος von νέμειν theilen (die Regel, wornach Jedem auf gleiche Weise zugetheilt wird). Ueber die Differenz der beiderseitigen Auffassung des Rechtsbegriffs s. jetzt Röder Grundzüge des Naturrechts. Aufl. 2. B. 1 S. 55 (1860).

zwar jus im objectiven Sinn das, welches bindet, Allen eine Pflicht auferlegt, beziehungsweise ein Anrecht gewährt, jus im subjectiven Sinn das bloß einen Einzelnen bindet und dadurch einem Andern ein Recht gewährt. Dieser letztere hat durch die zwischen ihnen beiden vereinbarte lex eine Rechtsnorm des Inhalts, daß der Andere dies und das leisten solle, ins Leben gerufen, und da die Handhabung, Vollziehung derselben ihm zusteht, so ist das Recht sein. Die Normen, welche die Gesammtheit sich gesetzt hat oder stillschweigend anerkennt, und über deren Befolgung sie wacht, verhalten sich zu ihr in derselben Weise, d. h. sie erscheinen nicht als subjectiv beziehungslose Rechtssätze, sondern als ihre Rechte, Befugnisse.

5. Das Verhältniß der Staatsgewalt zum Privatrecht. Nach einer verbreiteten Ansicht, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat, hätte das Privatrecht in ältester Zeit in völliger Abhängigkeit vom Staat gestanden und sich erst nach und nach aus diesen Banden befreit, während unser obiger Gesichtspunkt uns zu der entgegengesetzten Annahme der ursprünglichen völligen Unabhängigkeit des Privatrechts vom Staat zwingt. Der Schein, den jene Ansicht für sich hat, besteht in den öffentlichen Formen, in denen das Privatrecht der ältesten Zeit auftritt, so wie in jener Gegensatzlosigkeit der verschiedenen Theile des Rechts, die wir schon öfter Gelegenheit hatten hervor zu heben. Aber gerade jene Formen beweisen, daß der Staat an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun hatte, denn sie werden eben nur zu dem Zweck angewandt, um ihn mit demselben in eine Beziehung zu setzen, die von vornherein nicht existirt. Jene Gegensatzlosigkeit aber besteht nicht darin, daß der Staat das Privatrecht, sondern daß das Privatrecht den Staat dominirt, d. h. nicht das Privatrecht ist nach publicistischen, sondern der Staat nach privatrechtlichen Principien construirt. Es wäre gegen alle Geschichte, daß der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben; das Gefühl der individuellen Selbstständigkeit ist

das absolut erste; erst im mühsamen, allmähligen Kampfe mit demselben gelangt das Staatsprincip zur Herrschaft.

Es möge einer spätern Stelle (II. §. 28) vorbehalten bleiben den genannten Nachweis zu führen, wie wenig die römische Anschauung mit dieser Ansicht harmonirt. Nicht der Staat gilt ihr als Quelle des subjectiven Rechts, sondern das Subject selbst, sein Wille, seine That. So weit die Rücksichten auf seine Zwecke es erheischen, kann der Staat dem Einzelnen eine Beschränkung innerhalb seiner Privatsphäre zumuthen, aber die Idee, daß er beliebig die Grundsätze feststellen könne, nach denen der Privatrechtsverkehr vor sich zu gehen habe, oder daß er gar nach Gutdünken über die erworbenen Rechte disponiren dürfe, ist dem römischen Alterthum so fremd wie nur irgend eine andere.

Was hatte denn der Staat oder die Gemeinschaft mit dem Recht des Einzelnen zu thun? An und für sich gar nichts. Die Verbindung zwischen beiden wird nur dadurch hergestellt, daß der Einzelne sich für sein Recht die Garantie der Staatsgewalt erwirkt, es unter ihren Schutz stellt. Wir kommen damit auf einen Punkt zurück, den wir bereits oben (S. 148 fl.) berührt haben, und den wir jetzt mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Gesichtspunkt weiter verfolgen wollen.

Die Hauptgeschäfte des römischen Rechts wurden unter öffentlicher Garantie abgeschlossen, alle wichtigeren Rechte stützten sich entweder unmittelbar oder mittelbar auf Anerkennung und Zusicherung von Seiten des Volks. Unmittelbar erfolgte diese Garantie bei dem testamentum in comitiis calatis und in procinctu und der arrogatio, mittelbar bei der mancipatio, dem nexum, der Eingehung der Ehe durch coemptio und confarreatio und der Eintragung in die Censusregister. Die in jure cessio, eine Schein-Vindication, bei der die Partheien darüber einig waren, daß dem Kläger das in Anspruch genommene Recht zugesprochen werden solle, ordnete sich gleichfalls diesem Gesichtspunkt unter; denn der Spruch des Prätors stützte sich mittelbar auf die Autorität des Staats. Diese Geschäftsform gehört jedoch nicht

mehr der Urzeit, sondern einer Zeit an, die das rechtliche Verfahren bereits mit einer gewissen Freiheit zu handhaben verstand. Gewiß ist auch, nachdem die in jure cessio einmal aufgekommen, der Kreis ihrer Anwendbarkeit erst nach und nach erweitert, und manche rechtliche Disposition, die mittelst ihrer getroffen werden konnte, mag ursprünglich in einer anderen Form vorgenommen sein, von der wir jetzt keine Kunde mehr haben. So möchte ich z. B. für die Freilassung die Bewirkung derselben durch vindicta (in jure cessio) für eine neuere, bequemere, weil jeder Zeit anwendbare Form halten (wie denn auch von den Römern selber der erste Fall ihrer Anwendung im richtigen Takt erst in die erste Zeit der Republik verlegt wird) gegenüber der älteren, lästigeren, weil nur alle 5 Jahre anwendbaren, Form durch census. Jene steht zu dieser in demselben Verhältniß der Erleichterung hinsichtlich der Zeit und der Form der Vornahme des Akts wie das Mancipationstestament zu der nur zwei Mal im Jahre Statt findenden Testamentserrichtung vor den Comitien. Die Freilassung durch census gewährt uns einen unzweifelhaften Fall der Volksgarantie; gewiß wurde diese Form auch bei andern Geschäften z. B. Bestellung von Urbanalservituten, Uebertragung von Eigenthum u. s. w. benutzt. Aber während für die Freilassung die neuere Form der in jure cessio die ältere nicht verdrängt hat, ist dies vielleicht bei manchen andern der Fall gewesen, und in der in jure cessio mögen eben so sehr längst bekannte, an lästigere Formen geknüpfte Geschäfte sich verjüngt wie andere in ihr zuerst eine sicherstellende Form gewonnen haben. Darum ist es mir sehr bedenklich, von der spätern Anwendbarkeit der in jure cessio Schlüsse auf das älteste Recht zu ziehen; sie hat in meinen Augen nicht jenen ursprünglichen Charakter wie die übrigen eben genannten Formen (II, 535—537).

Mit Hülfe der bisher betrachteten Formen des ältesten Rechts ließen sich alle wichtigeren Rechte unter die Garantie des Volks stellen. Die Freiheit durch den census, die Ehe durch confarreatio und coemptio und damit zugleich die väterliche Gewalt

über die aus dieſer Ehe erzeugten Kinder, die künſtliche Begründung derſelben durch arrogatio oder (bei der adoptio im engern Sinn) in jure cessio, die Vormundſchaft durch Teſtament, das Eigenthum und die Ruſticalſervituten durch mancipatio (Urbanal- und perſönliche Servituten durch in jure cessio), Obligationen durch nexum, die Erbeseinſetzung, das Vermächtniß durch das Teſtament in der Volksverſammlung und deſſen ſpätere Nachbildung in dem test. per aes et libram.

Die Bedeutung dieſer Volksgarantie für die Entwicklung des Rechts beſteht in folgendem. Zuerſt in unmittelbar praktiſcher Beziehung darin, daß ſie der Selbſthülfe den höchſten Grad der Sicherheit verlieh, indem ſie die Verſuche des Widerſtandes in der Geburt unterdrückte; der Widerſtand gegen den, der auf Grund eines vom Volk garantirten Geſchäfts zur Selbſthülfe ſchritt, war Widerſtand gegen das geſammte Volk, und damit zugleich eine Nöthigung für daſſelbe, ſeine Schutzpflicht zu erfüllen (S. 149). Sodann aber in rechtsphiloſophiſcher Beziehung darin, daß dieſe Volksgarantie das Medium ward, wodurch der Rechtsbegriff ſelbſt eine höhere Stufe beſchritt. Das Concrete war hier wie ſo oft in der Geſchichte des römiſchen Rechts die Brücke zum Abſtracten; aus dem Schutz der Rechte entwickelte ſich der Schutz des Rechts. Die üblich gewordene Gewährleiſtung der einzelnen concreten Privat-Rechte ſetzte als Bodenſatz die Idee an, daß das Privatrecht im abſtracten Sinn Gegenſtand der Fürſorge und der Gewährleiſtung des Staats ſei, und aus der Berechtigung der Gemeinde, die nachgeſuchte Garantie an Bedingungen zu knüpfen, entwickelt ſich die Idee, daß der Staat berechtigt ſei durch beſchränkende Geſetze in das Gebiet des Privatrechts einzugreifen. Berechtigt der Schutz der Rechte zu Beſchränkungen, ſo auch der Schutz des Rechts.

Die urſprüngliche Form alſo für das Verhältniß des Staats zum Privatrecht iſt die eines Vertragsverhältniſſes. Die Gemeinde ſichert durch Vertrag ihren Schutz zu, und der Nachſuchende läßt ſich die Bedingungen gefallen, an welche ſie dieſelbe

knüpft. Beides, der Schutz wie dieser Kaufpreis desselben stützt sich auf den freien Willen der Partheien, das Verhältniß ist wie bei jedem Vertrag das der Coordination. Begehrt der Berechtigte die Garantie des Volks nicht, so kann dieses ihn nicht beschränken, sein eigener Wille erschließt die Privatrechtssphäre der Einwirkung des Staats.[115])

Die bisherige Ausführung hat uns einen neuen Beleg gegeben für die wichtige Rolle, welche der Vertrag bei der Bildungsgeschichte des Rechts spielt. Er ist es, der uns überall wieder begegnet, bei dem Gesetz als dem Gemeindevertrag sämmtlicher Genossen (S. 216), bei der Einführung der Privatstrafen (S. 134),

---

115) Ich lasse hier die Ausführungen der ersten Aufl. über den Gegensatz der öffentlich garantirten und nicht garantirten Rechte aus. Daß es, wenn die obige Ausführung richtig ist — und ich zweifle daran auch jetzt nicht — einen solchen Gegensatz gegeben haben müsse, ist klar, aber sich über dessen detaillirtere Gestaltung in Vermuthungen zu ergehen, kann zu Nichts führen. Ich nehme aus der ersten Auflage nur den folgenden Inhalt dieser Note hinüber: — War vielleicht der Centumviralgerichtshof für die Geltendmachung der öffentlich garantirten Rechte bestimmt? Die Zusage des Schutzes, die das Volk unmittelbar oder durch Repräsentanten gegeben, wäre hier durch einen Ausschuß des Volks gelöst worden. Alle Fälle, die Cicero in der bekannten Stelle de oratore I. c. 38 der Competenz dieses Gerichtshofes zuweist, gehören zur Klasse der öffentlich garantirten: die jura gentilitatum, agnationum, gestützt auf die staatsrechtlich anerkannte Verbindung der Gens und die ursprünglich römische d. h. durch confarreatio, coemptio oder usus begründete Ehe mit manus; die jura testamentorum und tutelarum auf lex und öffentliches Testament; die jura mancipationum, nexorum, parietum, luminum u. s. w. auf die Mancipationsform und die in jure cessio; die usucapio gehört gar nicht zu den Rechtsgeschäften. Daß im Centumviralgericht der Staat in einer engern Beziehung zum Individuum erscheint als bei dem judex privatus, hat man herausgefühlt, den Grund davon aber darin gesucht (Puchta, Cursus der Instit. B. 2 §. 153), daß der Staat hier sein eigenes Interesse wahre, was dem Zweck der Rechtspflege gegenüber weniger wahrscheinlich ist, während nach meiner Vermuthung es sich als höchst natürlich ergibt, daß der Staat oder das Volk den rechtlichen Schutz solcher Verhältnisse, die ausdrücklich unter seine Garantie gestellt sind, selbst in die Hände nimmt und nicht dem judex privatus überweist, wenigstens nicht gegen den Willen des Berechtigten.

der Unterwerfung der Partheien unter den Richter (S. 167) und der gegenwärtigen Veranlassung. Als Vertrag läßt sich auch die Wahl der Könige und Magistrate bezeichnen, auf Vertrag beruht, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, das ganze Völkerrecht. So knüpft also die Entstehung der Gesetzgebung, der Strafrechtspflege, des Civilprozesses, des Beamtenthums so wie die Idee des öffentlichen Rechtsschutzes an den Vertrag an, der staatlichen Gemeinschaft selbst liegt der Vertragsgesichtspunkt zu Grunde, das ganze Völkerrecht löst sich in Verträge auf.

Es nimmt sich fast so aus, als ob uns hier das älteste römische Recht als Beleg für die Wahrheit der naturrechtlichen Construction des Staats hätte dienen sollen, und im vorigen Jahrhundert zur Zeit der Herrschaft des Naturrechts würde der eben hervorgehobene Gesichtspunkt auf eine eben so günstige Aufnahme haben rechnen dürfen, wie ihm in der Gegenwart das partielle Zusammentreffen mit naturrechtlichen Ideen zum Nachtheil gereichen kann. Dies Zusammentreffen ist kein zufälliges. Der Vertragsstandpunkt ist die niedrigste Stufe, die der Staat selbst sowohl als die wissenschaftliche Betrachtung desselben einnehmen kann; kein Wunder, daß auf ihm das Naturrecht und das älteste römische Recht sich begegnen. Wie aber in Rom der Staat diesen Standpunkt im Lauf der Zeit praktisch überwand, so hat auch unsere heutige Theorie des Staats ihn aufgegeben, aber das darf uns nicht verleiten, die relative Berechtigung jenes Standpunktes zu verkennen und mit derselben Einseitigkeit, mit der die naturrechtliche Doctrin ihre der Kindheitszeit des Staats entsprechende Ansicht dem Staat überhaupt unterlegte, so umgekehrt unsere heutige dem Mannesalter desselben entnommene Auffassung auf die Kindheitsperiode zu übertragen. Fiel jene Doctrin in den Fehler den Staat zu verflachen und zu erniedrigen, so droht uns die Gefahr, von der Höhe unseres heutigen Standpunktes die wirklichen Tiefen und Niederungen, durch welche die Geschichte den Staat hindurch geführt hat, zu übersehen, so sind wir geneigt der Frage

nach dem Werden des Staats und Rechts lieber gänzlich auszuweichen und beide für gewissermaßen auf übernatürliche Weise von Gott fertig in die Welt gesetzte Institutionen zu erklären, als zuzugeben, daß sie in prosaischer Weise durch Menschenhand gemacht sind. Der Romantik unserer heutigen historischen Ansicht könnte ein Zusatz von etwas derber Prosa gar nicht schaden, und es heißt gewiß den Gott, den man in der Geschichte sucht, würdiger erkennen, wenn man ihn im Menschenwerk nachweist, wenn man zeigt, daß er auf die natürlichste und verständlichste Weise durch den frei handelnden Menschen aus dem Kleinsten das Höchste hervorbringt, als wenn man ihn auf übernatürliche Weise durch Wunder thätig werden läßt.

Stellung außerhalb der Gemeinschaft — Volle Negation des Rechts, der Kriegsfuß — Relative Berechtigung dieses Standpunktes — Milderungen — Einfluß des Handels — Das hospitium — Entstehung des internationalen Rechts aus dem Vertrage heraus — Die Clientel, precarium und peculium.

XVI. Es ist bereits früher (S. 104) bemerkt, daß das römische Recht sich nie zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjectivität des Menschen als solchen erhoben hat. Dasselbe beschränkt die Rechtsfähigkeit auf die römischen Bürger und die Mitglieder der Staaten, mit denen Rom Verträge abgeschlossen hat. Neben dem Zugeständniß, daß die Menschen nach dem theoretischen jus naturale frei geboren werden, lehren doch noch die klassischen Juristen als praktisches Recht den Satz:[123] si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Der Kriegsfuß

123) L. 5 §. 2 de capt. (49. 15).

also gilt noch zu ihrer Zeit als das von vornherein gegebene völkerrechtliche Verhältniß, der Friede, pax, ist erst das Resultat des pacisci. Jener Kriegsfuß ist aber völlig gleichbedeutend mit gänzlicher Rechtlosigkeit aller dem Staat, mit dem man nicht paciscirt hat, angehörigen Individuen.

Diese Auffassung, die uns noch in so später Zeit ausdrücklich bezeugt wird, ergibt sich nun für die älteste Zeit als eine so nothwendige Consequenz des ganzen Rechts, daß wir, auch verlassen von allen positiven Zeugnissen, sie mit völliger Sicherheit supponiren dürften.[123a]) Die Anerkennung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit des Fremden würde eine totale Scheidung des Privatrechts vom öffentlichen, eine Selbständigkeit beider voraussetzen. Wir haben aber gesehen, daß diese beiden Seiten des Rechts ursprünglich ganz und gar in einander verwachsen sind, daß ferner die Idee des vom Staate zu leistenden Rechtsschutzes an einen mit dem Staat geschlossenen Vertrag anknüpft. Wie hätte ein Fremder den Schutz des römischen Volks oder der Magistrate fordern können, da die Bürger selbst sich denselben erst ausdrücklich zusichern lassen mußten? Wie konnte er sich auf römische Gesetze berufen, die doch nur eine Vereinbarung der römischen Bürger unter sich enthielten, wie Theil zu nehmen begehren an Institutionen, welche dieselben für sich eingeführt hatten?

Das römische Recht ist wie der Staat für die Römer da, oder näher bezeichnet es ist beschränkt auf die Gentilitätsverbindung. Gentilität und volle Rechtsfähigkeit, Nicht-Gentilität und volle Rechtlosigkeit ist ursprünglich gleichbedeutend, es gibt von vornherein keine Gradationen der Rechtsfähigkeit. Nur wer

---

123a) Sie wiederholt sich bekanntlich überall; auch in Deutschland mußte der Friede erst besonders „gewirkt" werden, und nach türkischem Recht gilt der Theorie nach noch heutigen Tages „das Land und Vermögen der Herbi d. h. aller Ungläubigen, die den Moslemen nicht unterworfen sind und keine Djeziyeh zahlen, sowie ihre Person als muboh d. h. gesetzlich den Moslemen zu freiem Eigenthum zu erwerben verstattet," von Tornauw, Das moslemische Recht, Leipz. 1855 S. 52.

innerhalb der Gens steht, ist ingenuus (von geno, gigno); wer draußen steht, ist rechtlos, extrarius est, qui extra focum, sacramentum jusque sit,[124]) seine Ausschließung ist eine totale, auch die Religion baut ihm keine Brücke, denn auch sie ist ein Institut dieses Staates. Es ist ein seltsames Spiel des Zufalls, daß egens gerade das Loos des ex-gens ausdrückt, und die Römer leiteten wirklich egens von gens ab[125]) — eine Ableitung, der unsere deutsche Sprache mit mehr Recht Elend = Ausland entgegenstellen kann. Eine unzweifelhafte Spur jener Anschauung hat uns die Sprache in dem Wort hostis erhalten, es bedeutet ursprünglich den Gast, den Fremden und den Feind.[126]) In dieser Doppelbedeutung drückt sich treffend die Unbestimmtheit des Looses der Fremden aus, daß sie nämlich eben sowohl die Behandlung von Gästen als die von Feinden gewärtigen mußten.[126a])

---

124) Festus sub voc. extrarium.

125) Festus sub voc. egens velut exgens, cui ne gens quidem sit reliqua. Möglich wäre diese Ableitung, man denke z. B. an iners (von ars), de-mens u. s. w., und ohne das Zeitwort egeo würde man nicht in Versuchung kommen nach einer andern zu suchen.

126) Hostis ist dasselbe Wort mit dem Goth. gasts und dem Mittelhochdeutschen gast, und beide haben dieselbe Doppelbedeutung. Ueber die Verwandtschaft des g und h s. Pott a. a. O. B. 1 S. 143 und über die muthmaßliche Ableitung von Sanskr. ghas essen daselbst S. 279. Der ursprüngliche Sinn dieser Wörter wäre also: der Bewirthete. Hostire (schlagen) und hostia (Schlachtopfer) haben sich davon freilich weit entfernt. — Th. Mommsen Röm. Forschungen B. 1 Aufl. 2 (1864) S. 326 fl. theilt die Ansicht von G. Curtius mit, der zufolge hostis goth. gast-s, kirchenslav. gosti die ursprüngliche Bedeutung von Fremdling hat (von ghas essen = Miteſſer der Familie) und hospes = hos-pe(t)s, hostis petens, der um Gastfreundschaft bittende Fremdling wäre. Mommsen faßt das Verhältniß beider Worte etwas anders auf.

126a) Curtius a. a. O. erklärt dies Zusammentreffen so, daß „die Ausprägung eines besonderen Wortes für den Gastfreundschaft begehrenden Fremdling (hospes) die Veranlassung gegeben habe, daß hostis mit der Zeit ganz auf die feindliche Bedeutung beschränkt wurde." Aber immerhin konnte es diese ausschließliche Bedeutung nur erhalten, wenn die Begriffe:

Mit dieser ursprünglichen Rechtlosigkeit des Fremden hängt die Furchtbarkeit des Exils nach antiker Vorstellung zusammen. Das Exil der heutigen Zeit ist nicht ein Schatten von dem des Alterthums, es besteht nur in einem Wechsel des Wohnorts, dem Verlust der Heimath. Eine solche Strafe raubt nicht das Glück selbst, sondern nur die locale Form, in der man es bisher genoß; überall findet der Verwiesene Anerkennung seiner Persönlichkeit und Schutz seines Rechts. Ganz anders die ursprüngliche Gestalt des Exils im Alterthum. Der Fremde ist rechtlos; wer daher ausgestoßen wird aus der Gemeinschaft seiner Genossen oder wegen Verbrechen sich flüchtet, dessen harrt, möchte ich sagen, das Loos des Wildes auf dem Felde, das unstät, ruhelos umherirrt und gejagt wird, wo es sich blicken läßt. Alles, was ihm theuer war, läßt der Verbannte daheim, seinen Heerd, seine Genossen, den Frieden des Rechts und die gemeinsame Verehrung der Götter, und was er mit sich nimmt, ist das Gefühl des unsäglichen Elends, die Aussicht auf ein dem Zufall, der Verfolgung, Entbehrung u. s. w. Preis gegebenes Leben, auf Knechtschaft oder eine von der Willkühr und Gnade seiner Schutzherrn abhängige und durch Demüthigungen aller Art erkaufte Freiheit. Wird er angegriffen und verfolgt, so stehen ihm keine Genossen zur Seite; fällt er im Kampf, so gibt es für ihn keine Freunde, die ihn rächen, ihm daheim ein Todtenopfer bereiten und seinem unstät irrenden Schatten Ruhe verschaffen, die Manen schweben heimathslos in der Fremde umher.

Das ist das Exil des Alterthums in seiner ursprünglichen Gestalt. Es enthält nicht gleich dem spätern bloß eine capitis deminutio magna, den Verlust des Bürgerrechts, sondern den bürgerlichen Tod, die Verstoßung des Menschen von dem Boden des Rechts in eine grauenvolle Einöde, in einen Zustand der Schande und Rechtlosigkeit. Darum erschien das Exil den

---

Fremdling, Gast, Feind für die Vorstellung des Volks nicht weit auseinander lagen.

Römern noch in später Zeit, als' demselben die schärfsten Spitzen bereits abgebrochen waren, dennoch als eine so schwere Strafe, daß man dem wegen eines Verbrechens in Anklagezustand Versetzten bis zum Augenblick des Urtheils es frei stellte, durch freiwilliges Exil die Untersuchung nieder zu schlagen.

Die im bisherigen dargestellte Rechtsanschauung, wornach das Recht ursprünglich mit dem Staat völlig zusammenfällt und mit der höchsten Exclusivität nach außen hin beginnt, mag auf den ersten Blick als eine der Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Geschichte hinderliche erscheinen, während sie sich doch bei näherm Nachdenken gerade umgekehrt als höchst förderlich ergibt. Ich erblicke in ihr eins der wirksamsten Mittel, das die Geschichte für die Bildung und Erhaltung der Staaten in ihrem Kindesalter in Bewegung gesetzt hat. Denn sie treibt die Individuen mit Gewalt in die Gemeinschaft des staatlichen Lebens hinein und kettet sie mit eisernen Banden an den Staat fest. Er ist ihnen ihr Alles, ihn verlassen heißt sich selbst aufgeben; sein Sturz begräbt sie mit allem, was sie sind und haben, unter seinen Trümmern. An den Austritt aus dem Staat so wie an den Untergang desselben knüpft sich die Aussicht auf den Verlust der Persönlichkeit, den Untergang des gesammten Privatglücks, und so wird der Selbsterhaltungstrieb des Individuums in doppelter Beziehung eins der wirksamsten Mittel der Erhaltung des Staats selbst, zuerst nämlich, indem er dem Staat die ihm einmal angehörigen Mitglieder möglichst sichert, und sodann, indem er sie bei einer Gefährdung desselben von außen zur äußersten Anspannung ihrer Kräfte zwingt. In ersterer Beziehung nämlich ist es für den entstehenden Staat sehr wichtig, von dem verhältnißmäßig geringen Bevölkerungs-Kapital, mit dem er beginnt, Nichts einzubüßen, während es umgekehrt für den erwachsenen Staat vortheilhaft sein kann sich der nicht verwendbaren Ueberschüsse dieses Kapitals durch Colonien, Auswanderungen u. s. w. zu entledigen; jener bedarf eines festen Verschlusses, dieser mitunter eines Ventils. Während letzterer ein in der Schule der

Zucht und Ordnung aufgewachsenes Volk vorfindet, das mit tausend Banden unter sich und mit ihm verkettet ist, Banden, die nur das Resultat eines langjährigen Prozesses sind, soll ersterer die rauhe Schule der Zucht und Ordnung erst beginnen, ohne dem unbändigen Sinne, der dieser Zucht widerstrebt, ohne dem Reiz des Wanderlebens, der Versuchung sich von der Gemeinschaft los zu reißen, ein anderes Gegengewicht gegenüber stellen zu können als das Recht, das er gewährt und schützt. Wäre der Werth dieser Gabe für jene Zeit nicht ein unendlich höherer als heutzutage, wäre bereits jene Zeit zur praktischen Anerkennung der Rechtssubjectivität des Menschen als solchen gelangt, wie hätte das Recht jenen Dienst leisten können? Wer heutzutage sich einmal entschlossen hat, den Staat, dem er bisher angehörte, zu verlassen, den hält die Rücksicht auf das Recht nicht zurück, denn wohin er geht, findet er eine Rechtsatmosphäre vor, nimmt seine Rechtsfähigkeit mit sich. Wer aber in jener Zeit, von der wir hier sprechen, aus der Staatsverbindung, in der er stand, heraustreten wollte, der ließ sein Recht zurück, trat aus der Rechtsatmosphäre, die sich für ihn nur über *diesen* Staat lagerte, in den luftleeren Raum, der diesen Staat von allen Seiten umgab, aus der Oase in der Wüste. So übte also der Staat mittelst des Rechts eine Anziehungskraft aus, von der wir heutzutage keine Ahnung mehr haben. Recht und Freiheit sind heutzutage gleich der Luft und dem Wasser eine res communis omnium, an der jeder Mensch, der Einheimische wie der Fremde, participirt, und deren Werth wir, weil wir sie überall vorfinden, nur zu leicht übersehen, und die uns daher nicht mehr wie einst, wo man sie nur in der Heimath fand, an letztere fesseln.

Bei jedem Angriff auf Einzelne wie auf Staaten richtet sich die höhere oder geringere Spannung der vorhandenen Widerstandskraft nach dem Werth oder der subjectiven Werthschätzung der bedrohten Güter. Zu diesen Gütern gehörte nun für den Fall eines Krieges in der Zeit, von der wir hier sprechen, die totale Privatexistenz sämmtlicher Staatsangehörigen. Unter-

liegen war ihnen gleichbedeutend mit Verlust des Lebens oder der Freiheit, Ehre, Familie und des Vermögens.[127]) Ihre eigene Selbsterhaltung war also von der des Staats abhängig; es trifft auch hier der im vorigen Paragraphen ausgesprochene Satz zu: der Staat sind sie selbst. So erscheint also jenes Verhältniß der Individuen zum Staat, vermöge dessen der individuelle Selbsterhaltungstrieb ganz und gar dem Staate dienstbar wird, als das Mittel, wodurch die Geschichte dem jungen Staat das Leben sichert, ihn zwingt stets mit der ganzen Kraft der Verzweiflung um seine Existenz zu ringen. Durch die häufigen Veranlassungen dazu bringt sie rasch die Kräfte zur vollsten Entwicklung. Dem heutigen Staat ist eine solche Spannung seiner Widerstandskraft gar nicht möglich. Unsere heutige Scheidung des Staats und der Individuen bewährt sich auch im Kriege, der Staat führt mit dem Staat Krieg, und so sehr auch die edlern Güter und Interessen der Nation bei der Erhaltung des Staats betheiligt sein mögen, der rein privatrechtlichen Existenz, Freiheit, Familie, Vermögen droht sein Sturz nicht den Untergang, der Selbsterhaltungstrieb also der gemeinen Natur, der an jenen höhern Gütern keinen Antheil hat, ist dabei weniger interessirt.

An die bisher erörterte ursprüngliche Rechtlosigkeit des Nichtbürgers knüpft die fernere Entwicklung des römischen Rechts in mannigfacher Weise an. Zuerst nämlich das Sachenrecht mit seinem Recht der Beute, das wir früher (§. 10) als die Wurzel des römischen Eigenthumsbegriffs bezeichnet haben. Das römische Eigenthum entsteht durch die Bethätigung römischer Kraft am rechtlosen Fremden. Aber wenn es einerseits sich auf den

---

127) Dies prägt sich auch in der Formel der Kriegsankündigung aus, sie lautet nicht bloß auf das Volk, sondern auch auf die Einzelnen, s. Gellius XVI, 4: populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum indico facioque.

Krieg stützt und ihn veranlaßt, so birgt es andererseits in sich auch die Keime des friedlichen Verkehrs. Austausch der Eigenthumsgegenstände baut die Brücke zwischen den isolirten oder befeindeten Völkern, und dem Soldaten, der den Krieg bringt, folgt der Kaufmann, der den Frieden sucht. Der Handel ist nicht bloß daheim für die Entwicklung des Privatrechts die treibende Kraft, sondern auch für die Ausbildung des Völkerrechts. Für den Handel mit seiner unaufhaltsam thätigen, expansiven Tendenz ist die auf die Scholle beschränkte Natur des Rechts am fühlbarsten und lästigsten; wie er die Hemmnisse des freien Verkehrs hinwegzuräumen strebt, welche die Natur ihm entgegensetzt, so auch die, welche eine beschränkte Rechtsansicht ihm bereitet. Er ist es, der gegenüber der Exclusivität der nationalen Rechtsansicht das kosmopolitische Element im römischen Recht zur Existenz und Ausbildung gebracht hat. Ein Zwischenhändler war der erste Vorkämpfer der Cultur; er vermittelte mit dem Austausch der materiellen Güter auch den der geistigen [128]) und bahnte die Straßen des Friedens. In demselben Maße, in dem der Handel zunahm, wurden diese Straßen geebneter und ausgedehnter, so daß sie zuletzt über den größten Theil der bekannten Welt reichten. Was das Christenthum in dieser Beziehung der modernen Welt leistete, ersetzte der alten der Handel.

In welcher Weise verfuhr er dabei? Die beschränkteste Form, deren er sich bediente, war das hospitium (Note 126), das von unserer heutigen Gastfreundschaft eben so weit entfernt ist, wie aus demselben Grunde das Exil des Alterthums von unserer heutigen Verbannung.[128a]) Der Zweck des hospitium liegt näm-

128) Ich kann mir nicht versagen darauf aufmerksam zu machen, wie die lateinische Sprache darauf hinweist. Ihr Interpres, der Vermittler und Ausleger, ist ursprünglich nichts als unser „Zwischenhändler". Das Wort stammt her von inter und der Wurzel von pretium, bezeichnet also Einen, der den Preis zwischen trägt. Dieser Zwischenhändler war der erste Dolmetscher und Vermittler, und auf diese besonders in die Augen fallende Eigenschaft hat sich später der Sinn des Wortes reducirt.

128a) Walter, Röm. Rechts-G. 3. Aufl. I §. 82. Das obige Ver-

lich nicht sowohl in der gastlichen Aufnahme, obgleich es auch auf diese mit gerichtet ist als in der gegenseitigen Zusicherung des Rechtsschutzes; es macht die Recht- und Schutzlosigkeit des hostis dadurch unschädlich, daß der Gastfreund ihn unter seinen rechtlichen Schutz nimmt und dessen Rechtsansprüche als die seinigen vor Gericht vertritt. Gegen Betrug und Treulosigkeit des Gastfreundes selbst gewährte das Recht keinen Schutz — denn der hostis stand ja außerhalb des Rechts — einen um so höhern aber die Sitte.[129]) Gerade diese Schutzlosigkeit desselben und das von seiner Seite bewiesene höchste Vertrauen stempelten einen Mißbrauch desselben zu einem der infamirendsten und schmählichsten Vergehen, die das Alterthum kannte..

Ein betriebsamer Kaufmann mochte nun aller Orten Gastfreunde suchen, allein für einen ausgebreiteten Handelsverkehr reichte doch diese private Gastfreundschaft nicht aus, und so gingen öfter Staat und Staat dies Verhältniß mit einander ein (hospitium publice datum). Eine höhere Stufe in der Entwicklung des internationalen Verkehrs bezeichnete es, als man Staatsverträge abschloß, wodurch den Angehörigen des einen Staats gegen die des andern statt des mittelbaren, abgeleiteten Schutzes, den das hospitium gewährte, ein unmittelbarer Schutz ausgewirkt wurde.[129a]) Die Formen, in denen er ertheilt wurde, waren gewiß sehr verschieden und wechselnd; die höchste unter derselben bestand in der Verleihung des römischen commercium, wodurch dem Fremden Theilnahme am römischen Vermögensrecht, also auch Provocation auf den vom Staat gewährten

hältniß und die Clientel ist inzwischen von Th. Mommsen in seiner Abh. über das römische Gastrecht und die römische Clientel (in von Sybels histor. Zeitschr. I S. 332, abgedruckt in den römischen Forschungen Bd. 1 Aufl. 2 S. 319 fl., wornach im Folgenden citirt werden wird,) behandelt worden.

129) Gellius V, 13 §. 5 In officiis apud majores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

129a) Ueber die verschiedenen Formen desselben s. Mommsen S. 349.

Rechtschutz eröffnet wurde. Hiermit streift das römische Recht bereits die Höhe unserer heutigen Rechtsentwicklung, welche zwischen dem Fremden und Einheimischen gar keinen Unterschied macht, nur mit dem freilich sehr wichtigen Unterschiede, daß dies in Rom Folge eines besonders ertheilten Privilegiums oder eines Staatsvertrages war, bei uns aber Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, Wirkung einer höhern Rechtsanschauung ist.

Die Ertheilung des commercium war aber bei den Römern nichts weniger als die reguläre Form, worin der internationale Rechtsverkehr vermittelt wurde. Am Ende des fünften Jahrhunderts der Stadt finden wir in Rom einen eigenen Gerichtshof für die Rechtsstreitigkeiten der Peregrinen und Römer, den des Praetor peregrinus, und es entwickelt sich hier auf Grundlage der bisherigen Staatsverträge und unter Mitwirkung der Theorie und Praxis ein allgemeines internationales Handelsrecht, das jus gentium, daß wir erst im dritten System, wo seine Rückwirkungen auf das römische Recht kenntlich hervortreten, ins Auge fassen werden. Der Einführung jener Magistratur aber gingen andere Formen vorher, von denen uns nur hinsichtlich einiger wie z. B. der von den Fetialen vorzunehmenden clarigatio und des bald ständigen, bald im einzelnen Fall eingesetzten und mit ihm aufhörenden Recuperatorengerichts dürftige Kunde erhalten ist.[130]) So interessant es wäre, die allgemeine Ausbildung des internationalen Rechtsverkehrs im Einzelnen verfolgen zu können, so dürfen und müssen wir uns hier doch mit dem allgemeinen Gesichtspunkt begnügen, daß jener Rechtsverkehr nur das Werk specieller zwischen den einzelnen Staaten abgeschlossener Verträge war und der Ausdehnung wie der Art und dem Maß nach durch sie bestimmt war. Das internationale Recht löste sich also auf in Rechte, die zwei Völker sich für ihren Verkehr gegenseitig eingeräumt hatten, erschien als ein Inbegriff von

130) Ich verweise wegen dieser Institute auf Puchta Cursus der Institt. B. I §. 83. Rudorff G.R.-G. II S. 80.

Vertragsnormen, die gegenüber dieſem Volk dieſen, gegenüber jenem einen andern Inhalt hatten. Der Vertrag, deſſen ſchöpferiſche Kraft uns ſchon im Innern des Staats bei ſo manchem Inſtitute begegnet iſt, zeigt ſich auch hier wieder in gleicher Weiſe wirkſam. Wie er im Innern den Uebergang von der öffentlichen und Privatſelbſthülfe zur Criminal- und Civilgerichtsbarkeit vermittelt, ſo hier den von dem primitiven Kriegsfuß zur rechtlichen Organiſirung des internationalen Verkehrs. Vom Standpunkt unſerer heutigen Rechtsanſicht aus, der nichts natürlicher erſcheint, als daß auch der Fremde den Rechtsſchutz unſeres Staates in Anſpruch nehmen könne, betrachten wir die praktiſche Verwirklichung dieſer Anſicht, die Thatſache, daß das über den civiliſirten Theil der Welt ſich ausſpannende Gebiet des Rechts dem Menſchen als ſolchem, ſei er Staatsbürger oder Fremder, die freiſte Bewegung möglich macht, als etwas nothwendiges, ſich von ſelbſt verſtehendes und denken nicht daran, wie allmählig und mühſam das Recht, nachdem es einmal ſich von ſeiner engumgränzten Heimath, dem einzelnen Staat, loszureißen und weitere Kreiſe zu ſuchen wagte, ſich jeden Zoll Landes hat erkämpfen müſſen. Was uns heutzutage in der Natur des Rechts ſelbſt zu liegen ſcheint, iſt zum großen Theil nichts weniger als eine dem Menſchengeſchlecht von vornherein mitgegebene Anſchauung und verdankt ſeine praktiſche Realität nicht der Macht der *rechtlichen* Ueberzeugung, der Idee der Gerechtigkeit, ſondern iſt das Werk einer durch materielle Gründe, durch die Noth des Lebens und den Drang der Umſtände in Bewegung geſetzten und erhaltenen und durch Motive der *Zweckmäßigkeit* geleiteten menſchlichen Thätigkeit. Erſt wenn dieſe Factoren die ſchwerſte Arbeit verrichtet haben, zieht die Idee der Gerechtigkeit ein und nimmt das Werk als ein ihr gebührendes Eigenthum in Beſitz und unter ihren Schutz.

Die Exclusivität des Staats und des Rechts, die wir bisher in ihrer Richtung nach außen hin verfolgten, muß sich auch im Innern an denen bewährt haben, die, ohne Aufnahme in die Gentilverbindung zu erreichen, sich auf dem Staatsgebiet niederzulassen wünschten.[130a]) Ihre rechtliche Lage war von vornherein der des hostis völlig gleich, und wie letzterer ursprünglich nur mittelbar durch das hospitium rechtlichen Schutz gewinnen konnte, so auch sie nur dadurch, daß sie sich als Clienten unter das Patronat eines römischen Bürgers stellten (applicatio).[130b]) Aber während das Verhältniß des Gastfreundes zum Gastfreunde ein coordinirtes war, war es beim Clienten ein subordinirtes. Beim hospitium lag die Gegenleistung in der Erwiderung des Schutzes und der gastlichen Aufnahme, beim Clienten trat Dienstpflicht an die Stelle derselben. Die Abhängigkeit, welche das Verhältniß begründet, prägt sich deutlich in den beiden Ausdrücken patronus und cliens (Höriger)[131]) aus. Der erste Ausdruck stellt das Verhältniß als eine Nachbildung der väterlichen Gewalt dar, und mit dieser Bezeichnung hat die Sprache das Wesen desselben treffend ausgedrückt. Wie der Sohn hat auch der Client keine

---

130a) Ebenso an den freigelassenen Sklaven. Mommsen a. a. O. S. 358, 359.

130b) Mommsen a. a. O. S. 361. Derartige Schutzverhältnisse, wenn auch nicht durch die rechtliche, sondern die factische Schutzlosigkeit gewisser Klassen der Gesellschaft hervorgerufen, wiederholen sich überall, wo die Staatsgewalt selber nicht im Stande ist, den Machtlosen gegen den Mächtigen wirksam zu schützen, und sie documentiren daher immer eine mangelhafte Organisation der Rechtspflege. Der Schutzbedürftige opfert seine Freiheit (Leibeigenschaft; freiwillige Sklaverei in Südafrika) oder seine vermögensrechtliche Unabhängigkeit (Uebertragung des Obereigenthums an den Schutzherrn z. B. die Moschee in der Türkei [vakuf]; an den Lehnsherrn, wie in Deutschland, England, Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 286, 293), um dafür die Sicherheit dessen, was er behält, zu gewinnen.

131) Von cluere, κλύειν, hören. Im Deutschen haben wir das Hören in demselben Sinn z. B. Gehorsam, gehorchen, angehörig, Höriger.

Rechte gegen den, der Vaterstelle an ihm vertritt; rechtlich sind beide gänzlich seiner Gewalt unterworfen. Nur die Sitte und die Religion schützen beide gegen den Mißbrauch dieser Gewalt. Ein angebliches Gesetz von Romulus erklärte den Patron für vogelfrei, der seinen Clienten betrogen,[131a] und auf der Stufenleiter der Pflichten, die uns Gellius aufbewahrt hat, nahm die gegen den Clienten eine ausgezeichnete Stelle ein.[132]

War jener Vergleich des Patronats mit der patria potestas nicht bloß von der persönlichen Seite des Verhältnisses hergenommen, sondern auch für die vermögensrechtliche Stellung der Clienten zutreffend, so würde letztere sich nach den Grundsätzen über das Peculium des Haussohns bestimmen lassen. Factisch zwar können beide ein eigenes Vermögen haben, allein juristisch gilt ihr Gewalthaber als Subject desselben und vertritt sie sowohl activ als passiv gegenüber dritten Personen. Diese active Vertretung, die Klagerhebung für den Clienten, ist der Zweck des Verhältnisses;[133] juristisch erscheint sie aber nicht als Stellvertretung, sondern als Geltendmachung eines dem Patron selber zustehenden Rechts. Bei der passiven Vertretung, die eine nothwendige Folge des Verhältnisses war, haftete der Patron vielleicht nach Analogie der Peculien- und der Noxal-Klage d. h. je nach Umständen bis zum Betrage des Vermögens seines Clienten oder auf Auslieferung (noxae deditio) seiner Person.[133a] Wäh-

---

131a) Dionys. II, 10. Servius ad Virg. VI, 609: patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Das „fraudem facere", welches im Text wörtlich mit „betrügen" übersetzt ist, hatte sicherlich die ganz allgemeine Bedeutung „seiner Verpflichtung nicht nachkommen". Auch nach griechischem Recht war es mit einem Fluche belegt (ἐπάρατον) das vertragsmäßige oder herkömmliche Maaß der Verpflichtungen des Heloten zu steigern. Schwegler, Röm. Gesch. I. S. 641.

132) Gellius V. c. 13... patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere.... neque clientes sine summa infamia deseri possunt.

133) Daher patronus noch in späterer Zeit = Fürsprecher.

133a) Diese Verpflichtung zur deditio bestand auch im internationalen

rend aber, um diese active und passive Vertretung möglich zu machen, der Patron juristisch als Inhaber jenes Vermögens angesehen wird, also auch die unbeschränkteste Dispositionsbefugniß über dasselbe hat, so daß er z. B. es dem Clienten völlig entziehen kann, legt die Sitte dem Patron mancherlei Beschränkungen auf und verpflichtet ihn, dem Clienten das Maß factischer Selbstständigkeit, das sei es hergebracht sei es durch Vereinbarung mit ihm festgestellt ist, unbekümmert zu gewähren, das Vermögen des Clienten factisch nicht als das seinige zu betrachten. Es gab zwar Nothfälle, in denen er ohne Anstand dem Clienten eine Contribution auferlegen konnte,[134] eben so war es in der Ordnung, daß der Client für den ihm gewährten Schutz Dienste leistete; allein diese Leistungen fanden an der Sitte ihr Maß, und die Vereinbarungen beider Partheien, die rechtlich völlig wirkungslos waren, an ihr ihren Schutz. Mit dem Tode des Clienten ging das Verhältniß auf dessen Kinder über;[134a] inwieweit das Vermögen ihnen ganz oder theilweise gelassen werden mußte, entschied sich nach den darüber von vornherein getroffenen Vereinbarungen.[135]

Verkehr, das Volk mußte den Schuldigen entweder ausliefern, oder es machte dessen Sache zu der seinigen, s. namentlich die Formel bei Livius I, 32 illos homines illasque res dedier. Liv. V, 36.. postulatum ut pro jure gentium violato Fabii dederentur.

134) z. B. wenn er eine Tochter auszusteuern, sich selbst oder Familienmitglieder aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, ungewöhnliche Abgaben, Sühnen, Brüche u. s. w. zu entrichten hatte.

134a) Mommsen a. a. O. S. 362.

135) Mommsen a. a. O. S. 380 nimmt an, daß man die Begriffe der Suität, Agnation und Gentilität schon von vornherein von den Patriciern auf die Clienten übertragen habe. Daß darin bereits eine große Abweichung von der ursprünglichen Consequenz des Verhältnisses gelegen haben würde, wird er selbst am wenigsten verkennen, und den Begriff der hereditas, des suus heres u. s. w. im juristischen Sinn wird er eben so wenig hierbei statuiren wollen. Der Vertrag zwischen Client und Patron, welcher die Basis des ganzen Verhältnisses bildete, wird auch diesen Punkt geregelt

Es ist begreiflich, daß dies Verhältniß von Seiten des Patrons, der um eine geringe Leistung wichtige Vortheile eintauschte, bereitwillig sowohl mit dem Clienten selbst als mit dessen Nachkommenschaft fortgesetzt wurde, und daß sein eigenes Interesse ihn veranlaßte, seine Clienten gut zu behandeln und möglichst günstig zu stellen, sowohl um ihnen keinen Grund zu geben, das Verhältniß aufzuheben — was ihnen schwerlich verweigert werden konnte — als um neue zu gewinnen. Für den, der Land genug und Arbeitskräfte zu wenig besaß, mochte es ein vortheilhaftes Geschäft sein, durch unentgeltliche Ueberlassung kleiner Parzellen Landes Clienten an sich zu ziehen und seine Arbeitskräfte damit zu vermehren. Diese Verleihung von Land, die an sich dem Wesen des Instituts fremd ist, [136]) war ein sehr wirksames Mittel, den Clienten an der Aufrechterhaltung des Verhältnisses zu interessiren und mochte als solches in allgemeinen Gebrauch kommen [137]) und die uns von Dionysius bezeugte Thatsache bewirken, daß das Verhältniß von beiden Seiten von einer Generation auf die andere überging. Zur Erklärung dieser Erscheinung braucht man nicht mit Niebuhr im Widerspruch mit Dionysius zu der Annahme zu greifen, daß jenes Verhältniß von Seiten der Clienten unauflösbar gewesen; das beiderseitige Interesse, die Macht der Ge-

---

haben, ohne daß man nöthig hatte, zu dem Zwecke Begriffe zu übertragen, welche die Rechtsfähigkeit eines römischen pater-familias voraussetzten.

136) Im Gegensatz zum Vasallenthum des Mittelalters, an das Niebuhr bei Gelegenheit der Clientel erinnert (röm. Gesch. B. 1 S. 342), und das sein rechtliches Fundament nicht in der Schutzlosigkeit des Vasallen, sondern in dem ihm verliehenen Lehn hatte.

137) Darauf zielt wohl die oft benutzte Stelle von Festus: Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis. Die letzten Worte drücken das Verhältniß treffender aus, als es auf den ersten Blick scheint. Bei Sueton Tib. c. 1 erhält das Claudische Geschlecht bei seiner Aufnahme in den römischen Staatsverband „agrum clientibus locumque sibi ad sepulturam"; Land für die Clienten scheint also als etwas eben so Unentbehrliches angesehen worden zu sein wie das Erbbegräbniß.

wohnheit, die untergeordnete Stellung des Clienten u. s. w. konnten auch ohne diese Voraussetzung dasselbe Resultat herbeiführen.[137a])

Auffallend ist das Schweigen der lateinischen Sprache über die vermögensrechtliche Seite jenes Verhältnisses; es wird uns kein Ausdruck für jene Landverleihung an den Clienten berichtet, kein Ausdruck für das Clienten-Vermögen, ungeachtet dasselbe doch von den „bonis" eines römischen pater familias, dem „patrimonium", der „familia" (dem Hausstand desselben, Personen und Sachen gleichmäßig umfassend) sich rechtlich so sehr unterschied. Auffallend nenne ich dies Schweigen, weil wichtige Unterschiede, die im Leben selbst in auffälliger Weise hervortreten, auch in der Sprache sich abzuspiegeln pflegen. Die lateinische Sprache muß Ausdrücke für jene Verhältnisse gehabt haben; sind dieselben mit letztern selbst untergegangen, oder sollten sie vielleicht mit veränderter Bedeutung in der neuern lateinischen Sprache noch fortexistiren? Ich nehme letzteres an und erblicke im precarium[138]) und peculium zwei Ausdrücke und Institute, die ursprünglich dem Clientelarverhältniß angehörten. Beide stehen außer dem Boden des eigentlichen Rechts, sind Institute, von denen die spätern römischen Juristen sagen: magis facti sunt, quam juris, die Clientel selbst aber konnte nur In-

---

137a) Derartige widerrufliche Landleihen, sei es daß sie mit persönlicher Abhängigkeit des Empfängers verbunden sind oder nicht, wiederholen sich bekanntlich überall, so z. B. in Griechenland (K. F. Hermann Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer I §. 19), in Deutschland, in England (Pacht auf Widerruf, Gundermann a. a. O. S. 272). Fast überall kehrt dabei die Erscheinung wieder, daß die ursprüngliche völlig freie Widerruflichkeit zunächst factisch und sodann gewohnheitsrechtlich auf gewisse Widerrufsgründe eingeschränkt wird.

138) Savigny Recht des Besitzes §. 42 hat bereits eine ähnliche Ansicht von precarium aufgestellt. Ich meinerseits wurde durch den Zusammenhang auf sie geführt, ohne mir jenes Zusammentreffens mit Savigny bewußt zu sein. Mommsen a. a. O. und römische Geschichte Band 1 Buch 1 Cap. 13 (Aufl. 4 S. 194) hat sich für dieselbe Ansicht ausgesprochen.

ſtitute von dieſem Charakter kennen.[138a]) Es läßt ſich das clientelariſche Vermögensrecht, wie es ſeiner juriſtiſchen Natur und innern Conſequenz nach ſein mußte, nicht bloß ohne Zwang unter die Grundſätze jener beiden Inſtitute bringen, ſondern ich glaube, daß dieſe Anknüpfung auf letztere ſelbſt einiges Licht wirft.

Ich denke mir die Sache in folgender Weiſe. Precarium hieß alles, was der Patron dem Clienten auf deſſen Bitten (preces, daher precarium) zum Gebrauch einräumte; am häufigſten war dies wohl ein Grundſtück, doch mochte auch Wohnung (ein Anknüpfungspunkt für die habitatio des ſpätern Rechts) nicht ſelten verliehen werden. Der beliebige Widerruf deſſelben verſtand ſich nach dem Verhältniß, in dem beide Perſonen zu einander ſtanden, von ſelbſt, er brauchte weder ausgemacht zu werden, noch war ein Verzicht darauf irgendwie juriſtiſch wirkſam.[138b]) Eine civilrechtliche Obligation war auf beiden Seiten undenkbar; es konnte weder der Patron ſich obligiren, dem Clienten die Sache eine beſtimmte Zeit zu laſſen, noch letzterer ſie demnächſt zurückzugeben. Begehrte der Patron ſie zurück, ſo nahm er ſie. Dritten Perſonen gegenüber mochte der Client ſich zur Wehr ſetzen, dem Patron gegenüber war dies ſelbſt dann unzuläſſig, wenn letzterer vor Ablauf der dem Clienten zugeſicherten Nutzungszeit die Sache herausbegehrte. Als das precarium ſich von ſeiner urſprünglichen Beziehung zum Clientelarverhältniß ablöſte und auch zwiſchen römiſchen Bürgern vorkam, behielt es doch dieſe ſeine Structur bei und nahm keinen obligatoriſchen Zuſatz in ſich auf, ſo daß weder der Verleiher an ſein Verſprechen, die Sache dem Empfänger eine beſtimmte Zeit zu laſſen gebunden war, noch letzterer in Form einer Obligation zur Zu-

138a) Ein Vertrag und die daran ſich knüpfende moraliſche Verpflichtung iſt auch bei ihnen nicht ausgeſchloſſen ſ. z. B. l. 12 de prec. (43. 25) .. si convenit, aber juriſtiſch: „nulla vis est hujus conventionis.“

138b) S. die vorige Note.

rückgabe gezwungen werden konnte. Ein precarium zwischen Römern eingegangen hieß nichts anderes als Stellung des Verhältnisses unter das Recht der patronatischen Leihe, ich darf mich vielleicht des Vergleichs mit dem deutschen „Hofrecht" bedienen. Den Vereinbarungen der Partheien über Art und Zeit der Rückgabe obligatorische Wirkung beilegen, hätte nichts anderes geheißen, als ein precarium zu gleicher Zeit eingehen und nicht eingehen. Precarium und rechtliche Möglichkeit eines obligatorischen Verhältnisses zwischen beiden Theilen waren von vornherein absolute Widersprüche, und es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um den Charakter des precarium so zu verwischen, daß man keinen Anstand mehr zu nehmen brauchte, die Theorie der Innominatcontracte darauf anzuwenden.

Das Vermögen, das der Client sich selbst erworben hatte, sein Inventar und Vieh hieß peculium und stand unter denselben Grundsätzen, nach denen im neuern Recht das peculium des Haussohns und Sklaven beurtheilt wird; d. h. factisch gehörte es zwar dem Clienten, juristisch aber galt der Patron als Eigenthümer desselben. Der Name weist auf die Beziehung dieses Vermögens zur Landwirthschaft hin; wörtlich übersetzt bedeutet er „kleines Vieh" d. h. einen von der Hauptheerde gesonderten Viehstand. [138c]) Dieser Wink, den die Etymologie uns über den ursprünglichen Inhalt des peculium gibt, ist für unsere Frage nicht außer Acht zu lassen; er weist uns nämlich auf einen von dem

---

138c) Ausdrücklich bezeugt von Varro de re rustica I c. 2 non domino pecus, sed servis peculium, quibus domini dant ut pascant I, 17 concessioneve ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat. Andere Stellen bei Göttling Geschichte der röm. Staatsverf. S. 103 Note 5, welcher in dem Peculium das junge (?) Vieh erblickt, welches heerdenweidende Sklaven auf eigene Hand (?— s. dagegen l. 4 pr. § 1 de pecul. 15, 1 animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus ... fecerit) der Heerde ihres Herrn einverleibten." Daß das Freivieh die älteste Art des Peculium gewesen, sagt ausdrücklich Varro de L. L. V §. 95. (ed. Otfr. Müller) id enim peculium primum.

des Hauptgutes getrennten landwirthschaftlichen Betrieb hin, und ich brauche nicht zu sagen, wie viel natürlicher es ist, uns den Clienten als Subject desselben zu denken als den Haussohn oder den Sklaven. Bei jenem enthält dieses Neben- oder kleine Vieh einen charakteristischen Hinweis auf das Verhältniß, in dem er etwa nach Art der Unfreien des Mittelalters auf den Herrenhöfen mit seiner Landwirthschaft zu der des Patrons stand. Bei dem Sohn erscheint die darin ausgedrückte separirte Landwirthschaft ungleich weniger wahrscheinlich, beim Sklaven unbegreiflich. Am Vermögen des Clienten bildete sich der Begriff des peculium aus, hier war das Bedürfniß der Sonderung eines kleineren Vermögens von dem Hauptvermögen des Herrn am dringendsten, oder die Sonderung war hier schon durch das Verhältniß selbst gegeben; dem Sohn oder Sklaven ein Sondervermögen einzuräumen war nichts weniger als nothwendig; wenn es aber geschah, lag es nahe, den bereits bekannten Ausdruck peculium darauf zu übertragen. Vielleicht dürfte man sagen, daß ähnlich wie das precarium so auch das peculium aus einem ursprünglich clientelarischen Institut ein allgemein römisches geworden sei. Ist diese Vermuthung richtig, so konnte Festus in der [Note 137] mitgetheilten Stelle mit Recht die vermögensrechtliche Stellung der Clienten und Kinder identificiren; die Worte perinde ac liberis propriis enthalten dann nicht bloß einen äußerlichen Vergleich beider Classen von Personen, sondern den ihrer rechtlichen Lage, und eben so drückt unter dieser Voraussetzung der im Wort patronus liegende Vergleich mit pater die juristische Natur des Verhältnisses erschöpfend aus.

Hier, wo uns diese Clientel nur von einer bestimmten Seite interessirt, nämlich als ein durch die Rechtlosigkeit des Nichtbürgers hervorgerufenes Institut, genügt uns das bisher Gesagte. Wir haben in ihr den nothwendigen Ausgangspunkt des Rechts der dem Staat angehörigen Nichtbürger erkannt, und es kann in meinen Augen nicht zweifelhaft sein, daß alle Nichtbürger, also

ursprünglich auch die Freigelassenen[139]) in diesem Verhältniß standen. Der Strenge des Rechtsbegriffs nach war dasselbe gar kein rechtliches, aber wenn es, möchte ich sagen, auch der Form des Rechts entbehrte, so barg es doch eine rechtliche Substanz in sich. Die festen Grundsätze, die sich durch die Sitte über das Verhältniß zwischen Patron und Clienten ausgebildet hatten, der indirecte Schutz, den das Criminalrecht mit seiner Bestrafung der fraus patroni gewährte, machten die Lage des Clienten zu einer ziemlich gesicherten und den Mangel einer Klage gegen den Patron selbst weniger fühlbar. Ideen von einem Recht niederer Art setzten sich dem Institut an, es condensirte und consolidirte sich in der Ansicht des Volks zu einem Rechtsverhältniß, das nur in der Art seines Schutzes von den übrigen abwich,[140]) und so mochte ein Schritt vorbereitet werden und als ein wenig bedeutungsvoller erscheinen, der im Grunde die Vernichtung des Instituts selber enthält, nämlich der, daß dem Clienten das Recht der eigenen Klage verliehen ward. Von der alten Unfähigkeit des Clienten, Klage zu erheben blieb als Reminiscenz noch die, daß er ohne specielle Erlaubniß des Prätors seinen Patron nicht in jus vociren, d. h. ihn wider seinen Willen nicht verklagen durfte. Jenen Schritt aber erzwungen zu haben ist eine der ersten Thaten der Plebs, die ursprünglich ganz in dem so eben beschriebenen Verhältniß stand[140a]) und erst durch diese Emancipation sich zu den Clienten der spätern Zeit in Gegensatz stellte. Mit den Plebejern aber sind wir über die Ausgangspunkte des Rechts bereits weit hinaus, in ihnen ist jene Trennung des Privatrechts vom

---

139) So auch Mommsen, Röm. Forsch. I S. 358 fl.

140) Hinsichtlich der persönlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Kinder gebraucht derselbe Prozeß der Entwicklung vom Factum zum Recht oder von der nur durch die Sitte gebundenen Willkühr des Vaters zur Anerkennung der privatrechtlichen Selbständigkeit des Kindes unendlich viel längere Zeit; es braucht wohl nicht gesagt zu werden, worin der Grund der Verschiedenheit liegt.

140a) Mommsen Röm. Forsch. S. 388.

öffentlichen, die gerade dem urſprünglichen Charakter des Rechts ſo ſehr widerſtrebt, bereits im Weſentlichen vollzogen. In ihnen begegnet uns im Innern des römiſchen Staats jenes commercium zwiſchen Bürgern und Nichtbürgern, das wir oben S. 233 in ſeiner internationalen Beziehung haben kennen lernen, und es iſt nicht unmöglich, daß das commercium erſt im internationalen Verkehr hat ins Leben gerufen werden müſſen, um ſodann auch im Innern des Staats auf das Verhältniß zwiſchen Bürgern und Nichtbürgern Anwendung zu finden. Das Völkerrecht iſt vielleicht die Stätte, wo ſich jene Trennung des Privatrechts vom Staat vollzog, die commercielle Berührung mit einem fremden Volk der Impuls zu dieſem Fortſchritt, der dann, nachdem er einmal nach Außen hin vollzogen, dem Staat ſelbſt im Innern auf die natürlichſte Weiſe dadurch zu gute kommen, ich möchte ſagen aufgezwungen werden konnte, daß Mitglieder des fremden Volks ſich dauernd auf ſein Gebiet überſiedelten und ſo das commercium von außen in ihn hineinbrachten, das er, der für ſeine ihm angehörigen Nichtbürger nur die niedere Form des Clientelarverhältniſſes kannte, von dieſer niederſten Stufe aus weit langſamer würde erreicht haben.

2. Einfluß der Wehrverfaſſung auf Staat und Recht.

Vortheilhafter Einfluß des Krieges auf die Verfaſſung — Die Staatsverfaſſung eine Wehrverfaſſung — Die militäriſche Eintheilung des Volks — Princip der Subordination — Das imperium — Militäriſcher Charakter des Königthums — Strafgewalt — Einfluß der Wehrverfaſſung auf die Erziehung des Volks — Sinn für äußere Ordnung und Geſetzlichkeit.

XVII. Daß der Krieg auf die Entwicklung des Rechts und Staats den heilſamſten Einfluß ausüben kann, iſt weniger paradox als es klingt. Ein Krieg zur rechten Zeit kann dieſe Entwicklung in wenig Jahren mehr fördern als Jahrhunderte friedlicher Exiſtenz. Einem Gewitter gleich reinigt er die Luft, macht

der politischen und moralischen Stagnation ein rasches Ende, wirft das morsche Gebäude einer schwerfälligen Staatsverfassung und drückender socialer Institutionen mit einem Stoße zu Boden und gibt den Anstoß zu einem heilsamen politischen und socialen Verjüngungsprozeß. Was dem alterschwachen Staat das Leben kosten kann, dient bei einem jugendkräftigen dazu, ihn zur Anspannung seiner Kräfte zu zwingen und ein neues, frisches Leben in ihm anzuregen.

Bei den Römern war der Krieg bekanntlich nicht ein Ausnahmszustand, sondern die Regel; es war die Schule, in der sie groß geworden sind, und deren eigenthümlicher, stählender Einfluß sich auch in ihrem Recht vielfältig erkennen läßt. Schon an der ältesten Verfassung, die Rom mitbringt, ist derselbe nachweisbar; sie ist, möchte ich sagen, eine Rüstung, die zwar dem Kriege ihren Ursprung verdankt und für ihn bestimmt ist, die Rom aber, um stets gerüstet zu sein, auch im Frieden nicht ablegt. Dank der kriegerischen Gesinnungs- und Lebensweise der Römer, die sie dauernd in dieser kampfbereiten Lage erhielt; denn eben darin, daß diese Lage keine vorübergehende, sondern eine immerwährende Schule der militärischen Zucht war, lag ein unschätzbarer Vortheil. Die Unbändigkeit des römischen Sinnes, die der ruhigen, friedlichen Existenz widerstrebte und stets der Kriege bedurfte, fand in der durch diese Kriege bedingten militärischen Disciplin ihr Gegengewicht, sie band sich, kann man sagen, selber die Ruthe, durch die sie gebändigt ward. Das älteste Rom war ein stehendes Lager; die Ordnung und strenge Zucht des Lagers regierten hier, die Staatsverfassung ging auf in der Wehrverfassung. Bei andern Völkern ward das Lager abgebrochen, wenn der Krieg beendet war; die Kriegsverfassung mit ihrer Disciplin war nur für den vorübergehenden Zustand der Spannung bestimmt; mit dem Frieden fiel sie in die behaglichere Form einer Friedensverfassung zurück. [141])

141) So ließen manche germanische Völkerstämme die vortheilhaften Einrichtungen, zu denen sie bei Ausbruch eines Krieges griffen, und die bei

Den Kern der folgenden Ausführung können wir in den Satz zusammenfassen: das militärische Interesse ist das Motiv, das den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt in ihm noch nicht entdeckt haben: den der Ueber- und Unterordnung. Die Ordnung des Heeres, die Wehrverfassung verbindet sich mit der Ordnung der Familie, dem Geschlechterstaat zu einer militärisch-politischen Einheit: der altrömischen Verfassung. Nicht in Rom ist diese Bildung vor sich gegangen, das Königthum und die sonstigen militärisch-politischen Institutionen erscheinen hier bereits als fertige, auf den neuen Staat nur übertragene; aber dies soll uns nicht abhalten auch rücksichtlich ihrer, wie wir es bisher stets gethan haben den Ideen und Anschauungen nachzuforschen, denen sie ihren Ursprung verdanken.

Betrachten wir zuerst die Eintheilung des Volks. Es ergibt sich auf den ersten Blick, daß dieselbe etwas gemachtes ist. Die 10 Curien der Tribus, die 10 Gentes der Curien sind nicht das Resultat einer natürlichen Entwicklung, sondern sie sind mit Absicht und eines Zweckes wegen eingerichtet. Worin bestand dieser Zweck? Fragen wir uns, wo das Bedürfniß einer Eintheilung des Volks zuerst und am dringendsten sich zeigt, so ist die Antwort: im Heerwesen. Die erste vom Staat eingeführte mechanische Ordnung ist die Schlachtordnung, hier bedarf es vor

---

nicht bloß vorübergehender Dauer den Keim einer heilsamen politischen Entwicklung hätten abgeben können, fallen, sobald der Krieg beendet war. Caesar de b. g. VI, 23: Quum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem, deliguntur. In pace nullus communis magistratus, sed u. s. w. Aus Waitz deutscher Verfassungsgeschichte B. 1 S. 101 entnehme ich eine andere Stelle: Beda hist. eccl. V, 10: Non enim habent regem iidem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos suae genti praepositos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli ducem omnes sequuntur; huic obtemperant, peracto autem bello rursum aequalis potentiae fiunt satrapae. Die Einheit und die Disciplin dauerte nur so lange als die Noth.

allem einer nach einem durchgehenden Zahlenverhältniß geregelten Eintheilung des Volks. [142]) Man laſſe ſich dadurch nicht täuſchen, daß dieſe Eintheilung zugleich politiſche und religiöſe Beziehungen hat, es beſteht eben das Charakteriſtiſche der ganzen Verfaſſung darin, daß die Wehrverfaſſung die Grundformen des Staats beſtimmt, die religiöſen und politiſchen Intereſſen aber ſich der dadurch gegebenen Ordnung anſchmiegen. Man könnte das Verhältniß vielleicht am beſten in der Weiſe ausdrücken, daß man ſagt: das Volk iſt Heer, [143]) das ganze Heer hat ſeinen Gottesdienſt und ſeine politiſchen Functionen, eben ſo aber auch jede Heeresabtheilung. Die Curie iſt nicht eine politiſche Genoſſenſchaft, die zugleich religiöſe und militäriſche Bedeutung hat, noch weniger eine religiöſe Einheit, die auch politiſche und militäriſche Functionen ausübt, ſondern ſie iſt eine dauernde Heeresabtheilung oder, weil das Volk und Heer gleichbedeutend ſind, eine Abtheilung des Volks. Auch die Gens iſt eine Heeresabtheilung, aber keine gemachte; gemacht iſt bloß die Zahl der Gentes. Inſofern die Aufrechthaltung dieſer Zahl aber nicht dem Zufall der natürlichen Fortpflanzung überlaſſen werden konnte, für eine ſei es durch Ausſterben oder auf ſonſtige Weiſe ausgefallene Gens vielmehr eine neue gebildet werden mußte, greift auch, wenn ich ſo ſagen darf, die Kunſt in dieſen ſonſt der Natur anheimfallenden Kreis der Gens ein.

Die Schlachtordnung alſo iſt der erſte Fall der Ordnung, aber damit letztere im Kriege ihre Dienſte leiſte, muß ſie auch im Frieden aufrecht erhalten werden. Das Volk, das nach Beendigung des Krieges heimkehrt, behält ſeine Heereseintheilung bei, ja es bleibt Heer, der Frieden zeigt uns im Volk nur das Heer in Ruhe wie der Krieg im Heere das Volk in Thätig-

142) Gewöhnlich, wie in Rom und bei manchen germaniſchen Völkern das Decimalſyſtem, bei einigen der letztern auch das Duodecimalſyſtem. S. Waitz a. a. O. Beil. 2 S. 275 u. fl.

143) Bei den Germanen fand urſprünglich dieſelbe Identität des Volks und Heeres Statt. S. Waitz a. a. O. S. 32.

keit.[145]) Volksversammlungen sind also Heeresversammlungen, nur der Oberbefehlshaber kann sie berufen,[146]) und die einzelnen Abtheilungen versammeln sich unter ihren militärischen Vorgesetzten. Wer das dienstfähige Alter noch nicht erreicht oder bereits überschritten hat, kann mithin an der Volksversammlung keinen Antheil nehmen. Die Alten, die senes, bilden den Senatus, der keinen Beschluß zu fassen, sondern nur Rath zu ertheilen hat; ihr Alter setzt sie dazu und nur dazu in Stand, und jene Einrichtung des Senats ist nichts als die verfassungsmäßige Gestaltung des Einflusses, den Alter und Erfahrung immer ausüben. Aber mit der den Alten fehlenden Kraft, gefaßte Beschlüsse auszuführen fehlt ihnen auch die Fähigkeit, an der Beschlußnahme des Volks Theil zu nehmen. In den Volksversammlungen erscheinen also nur die Jungen, die Krieger, nur sie haben einen Willen, denn als Wille gilt nur der thatkräftige, der das Gewollte auszuführen vermag.[146a]) Das Volk, populus, ist daher gleichbedeutend mit der Masse der Jungen, was die Etymologie zu bestätigen scheint,[147]) und ebenso jung mit

---

145) Exercitus von exercere d. i. ex-arcere, abwehren, vergl. arx Burg, eigentlich: die Wehr. So knüpft der Begriff des Uebens ursprünglich an die kriegerische Thätigkeit an; Uebung ist kriegerische Uebung, das Volk in Uebung exercitus.

146) calare, daher classis = Volk, classis procincta = Heer. S. die Zeugnisse bei Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 134.

146a) Festus sub sexagenarios . . . Quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, juniores conclamaverunt ut de ponte dejicerentur sexagenarii, qui jam nullo munere publico fungerentur, ut ipsi potius sibi quam illi deligerent imperatorem.

147) Ich nehme die Ableitung an, die Kuhn, Zur ältesten Geschichte der indogerm. Völker S. 4 angibt, nämlich von pulus, jung. Seiner Mittheilung nach soll in den Veden noch die Form puli in Zusammensetzungen vorkommen. Auch puer, pubes u. s. w. gehört hierher. In populus ist die erste Sylbe nach Kuhn durch Reduplication entstanden. Anders, nämlich von Wurzel ple — πλα, leitet G. Curtius, Grundzüge der Etymol. Leipz. 1858. B. 1 S. 241 populus ab. Auch Pott, der sonst in etymolo-

waffenfähig. Pubes, mündig, wird Jemand und damit Mitglied des populus, ſobald er dienſtfähig iſt; wer die Waffen führen kann, bedarf keines tutor mehr und darf mitſtimmen in der Volksverſammlung.

Es iſt bereits früher (S. 115) der Verſuch gemacht, in den Ausdrücken curiae, decuriae, welche die Abtheilungen des Volks bezeichnen, etymologiſch eine militäriſche Beziehung nachzuweiſen. Vir iſt der Krieger (daſelbſt), conviria oder curia alſo eine Gemeinſchaft derſelben, eine Mannſchaft, decemviria, decuria eine kleinere Abtheilung von 10 Mann. [148]) Der letzte Ausdruck bezeichnet die Gens von Seiten ihrer Stellung in der Wehrverfaſſung, der Ausdruck gens abſolut als einen Verein der durch Geburt Verbundenen. Die urſprüngliche Wehrverfaſſung enthält 10 Curien, jede Curie 10 Decurien, alſo im Ganzen 100 Decurien; durch die Vereinigung von drei in dieſer Weiſe organiſirten Völkern verdreifachte ſich in Rom dieſe Zahl.

Die Etymologie lehrt uns alſo, daß die comitia curiata urſprünglich Verſammlungen des Heeres geweſen, und der Ausdruck Quirites, mit dem das Volk angeredet wird, gewährt uns ein anderes Argument. Die etymologiſche Erklärung deſſelben iſt gleichfalls bereits (S. 116) gegeben, und darnach bedeutet er

---

giſchen Dingen mein Führer iſt, hat eine andere Ableitung. B. 1 S. 193. — Ebenſo Mommſen Röm. Geſch. I S. 72 (Aufl. 4): „Die Bürger ſind zugleich die „Kriegerſchaft" (populus, verwandt mit populari verheeren, popa der Schlächter), in den alten Litaneien iſt es die „ſpeerbewehrte Wehrmannſchaft" (pilumnus poplus) auf die der Segen des Mars herabgefleht wird." Eine Analogie bietet die Bezeichnung Woiska (Woi = Krieg, woiska buchſtäblich = Kriegerhaufe) in Montenegro für Volkshaufe, Verſammlung.

148) Wie bei allen ſolchen eine Zahl enthaltenden Ausdrücken bleibt der Name derſelbe, auch wenn die Zahl im Laufe der Zeit ſich ändert. Gegen jene Ableitung hat ſich Lange (oben S. 116) und Mommſen erklärt (a. a. O. S. 67: „curia wohl mit curare = Coerare, κοίρανος verwandt), dafür Schwegler Röm. Geſch. S. 496 mit Berufung auf das Osciſche vereia = viria, Männerſchaft, Gemeinde und covehria = coviria."

die Krieger, welche die quiris, die dienstmäßige Lanze, trugen. Populus Romanus Quiritium ist also die junge römische Mannschaft der Lanzenträger, das Heer in seinen Versammlungen. Man muß sich nur nicht daran stoßen, daß der Ausdruck Quiriten später, als die Begriffe Volk und Heer praktisch auseinander gefallen waren, die Bürger bezeichnete, und seine Anwendung auf die Soldaten einen Schimpf enthielt; eine solche Abnutzung des Ausdruckes durch Umgestaltung der Sache selbst ist nichts Ungewöhnliches. Eben so wenig darf uns die spätere Competenz der Curiatcomitien über ihre ursprüngliche Bestimmung und ihren ursprünglichen Charakter täuschen.

Nachdem die Verfassung des Servius Tullius, die ganz im Geiste der Idee, mit der wir uns hier beschäftigen, die Wehrverfassung als Fundament des Staats beibehielt, [149]) längere Zeit bestanden hatte, konnte es für alle, die nur den gegenwärtigen Bestand der Centuriat- und Curiat-Comitien kannten, den Anschein gewinnen, als ob letztere mit der Wehrfassung Nichts gemein gehabt hätten. Allein der Kenner des Alterthums wußte das Gegentheil, [150]) und in der Verleihung des imperium, des militärischen Oberbefehls, die nach wie vor den Curiatcomitien vorbehalten blieb, [151]) dauerte noch ein wichtiger Ueberrest ihres militärischen Charakters fort. Daß die Curiatcomitien innerhalb, die Centuriatcomitien außerhalb der Stadt auf dem Cam-

149) Dies zeigt sich auch in der militärischen Form der Abhaltung der Centuriatcomitien. „Das Volk erschien in den Centuriatcomitien dem Begriff der centuriae gemäß als bewaffnetes Heer, in seine Centurien und unter seine Fähnlein geordnet, die Centurionen an der Spitze, daher man auch die Ansagung von Centuriatcomitien exercitum (zum Unterschiede vom Kriegsheere auch wohl exercitum urbanum) imperare, ihre Entlassung exercitum remittere nannte." Huschke, Verf. des Serv. Tull. S. 414.

150) S. z. B. Livius V, 52. Comitia curiata, quae rem militarem continent.

151) Cic. de leg. agr. II, 12. Consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet.

pus Martius Statt fanden, hängt mit der Geſchichte des imperium zuſammen. In der Königszeit erſtreckte ſich der Heerbann, das imperium, auch auf die Stadt, folglich konnten die Verſammlungen des Heeres auch in der Stadt gehalten werden, mit dem Königthum aber wurde das imperium aus der Stadt exilirt, und die Centuriatcomitien der ſervianiſchen Wehrverfaſſung, die erſt jetzt wieder ins Leben traten, wurden conſequenterweiſe vor die Stadt und zwar in bezeichnender Weiſe auf das dem Kriegsgott gewidmete Feld verlegt. [152])

Wir wenden uns jetzt dem Königthum zu oder, um gleich unſere Anſicht über die Stellung deſſelben zur römiſchen Verfaſſung auszuſprechen, der Heerführung und dem damit gegebenen Princip der Subordination. Die Anſichten über den Urſprung und den Charakter des römiſchen Königthums gehen weit auseinander, [153]) es iſt hier aber nicht der Ort ſie zu kritiſiren; ich beſchränke mich auf Mittheilung und Begründung meiner eigenen.

Rex, der Richtende (reg–ula reg–ere), heißt der König, nicht weil er richtet im juriſtiſchen, ſondern im militäriſchen Sinn. Wie die militäriſche Ordnung bei einem kriegeriſchen Volk die wichtigſte, älteſte und der Ausgangspunkt für die politiſche iſt, ſo auch das Amt des Heerführers, der dieſe äußerliche, mechaniſche Ordnung einrichtet und erhält, unentbehrlicher und älter als das des Magiſtrats, der die abſtractere Ordnung und Einrichtung des Staats überwacht. Erſt in Folge der zunehmenden Einmiſchung des Staats in Intereſſen, die früher ſich ſelbſt überlaſſen geweſen waren, ändert ſich dies Verhältniß. In älteſter Zeit aber treten die politiſchen Functionen des Königs gegen

152) Gellius XV, 27. — — quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari jus non sit, propterea centuriata in campo Martio haberi. Liv. 39, 15 cum vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset.

153) Hat man doch mit Ableitung des Wortes rex von ὀρέγειν, opfern ſeinen Urſprung in ein Prieſterthum ſetzen wollen.

seine militärischen weit in den Schatten. Ein muthiger, geschickter Feldherr war einem kriegerischen Volke wesentlicher als ein weiser Friedensfürst. Der Akt der *ersten* Unterordnung vollzieht sich bei jenem leichter als bei diesem. Man muß sich des republikanischen Geistes erinnern, aus dem das römische Recht hervorgegangen ist, jener Ideen der persönlichen Freiheit, der Coordination der Individuen, der Abneigung gegen die Einmischung der Staatsbeamten u. s. w., um beurtheilen zu können, daß der Durchbruch des Subordinationsprincips, und das ist ja das Königthum, am ersten und leichtesten bei dem Punkt möglich war, wo die unabweisbare Nothwendigkeit der Unterordnung Jedem einleuchten mußte, und dieser Punkt war die Wehrverfassung. Der erste rex war ein Feldherr, den man mit Rücksicht auf seine militärische Tüchtigkeit an die Spitze stellte, und dem man die unentbehrliche Macht eines solchen, eine unumschränkte Gewalt, imperium, verlieh. Da aber das ganze Volk beständig auf dem Kriegsfuß blieb, so war auch die Feldherrnwürde eine dauernde, ein dauernder Feldherr aber, der Niemanden über sich hat, ist König.

So wie nun die politische Macht des Königs nur als Ausfluß und Appendix seiner militärischen Gewalt erscheint, eben so seine religiöse Stellung und Machtbefugniß. Wie könnte er eine Schlacht wagen, ohne sich vorher durch Auspicien der Zustimmung der Götter versichert zu haben, und wie könnte er auf ihren Beistand rechnen, ohne sie durch Opfer sich und seinem Heere geneigt gemacht zu haben? Die Religion erscheint bei den Römern als unzertrennliche Begleiterin jeder wichtigen Institution, jeder Verbindung im Innern des Staats und nach außen hin, jeder Würde und jeder wichtigen Maßregel des öffentlichen und Privatlebens. So wie der Hausvater für die Seinigen den Hausgottesdienst versieht, so der König für das Volk. Die Götter Roms verlangen nicht die Vermittlung der Priester, um sich verehren zu lassen, letztere lehren die Weise, die den Göttern wohlgefällig ist, aber die Fähigkeit für sich und alle, die er ver-

tritt, sich ihnen zu nahen, wohnt jedem Oberhaupt einer kleineren oder größeren Genossenschaft an sich schon inne.

So erscheint also die königliche Würde nicht als eine Cumulation dreier selbständiger Gewalten, der militärischen, politischen und religiösen, der König ist nicht Feldherr, politisches Oberhaupt und Priester, sondern er ist Feldherr, und in dieser Qualität ist er zugleich berechtigt, das Heer zu politischen Zwecken zu versammeln und für dasselbe zu opfern.[154] Die Unterscheidung jener drei Qualitäten, die Ablösung einzelner Machtausflüsse derselben und ihre Gestaltung zu eigenen Aemtern ist erst das Werk eines längern Entwicklungsprozesses. Von diesem spätern Standpunkt aus könnte man das imperium[155] als Inbegriff dreier verschiedenen Gewalten bezeichnen, seiner ursprünglichen Natur nach ist es nichts als militärischer Oberbefehl. Wie es das Wesen der militärischen Disciplin erheischt, lag darin das Recht über Leben und Tod (gladii potestas), angedeutet durch die Beile auf den fasces, und dieses Recht mußte dem gewählten König erst durch einen besonderen Beschluß der Comitien übertragen werden. Dieser Akt enthält die vertragsmäßige Unterwerfung des Heeres unter den Oberbefehl des Gewählten, und darum mußte letzterer selbst zugegen sein, um diesen Vertrag mit ihm abzuschließen, und der Antrag mußte nach dem Gesetz der Initiative (II. §. 47 Note 840) von ihm selbst ausgehen.

Auch das imperium also läßt sich auf einen Vertrag zurückführen, aber auch nur die Verleihung desselben. Die Fortdauer und die Ausübung desselben im einzelnen Fall ist von der Ein-

154) Serv. ad Virg. III, 80. Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset etiam sacerdos et pontifex. Dasselbe wiederholte sich in den kleineren Kreisen der Curien und der Gentes mit den Vorstehern derselben, den Curionen und den Decurionen, wie denn überhaupt die Verfassung des ältesten Staats auf Imitation beruht.

155) Die etymologische Abstammung des Wortes ist noch nicht ermittelt. Man hat wohl an parere (gehorchen), par (gleich) gedacht, allein im Oskischen findet sich die Form embratur für imperator und macht eine andere Ableitung wahrscheinlich.

willigung des Volks unabhängig; es begründet, sowie es ertheilt ist, ein dauerndes Subjectionsverhältniß. Der Umfang desselben ward durch das militärische Interesse bestimmt; soweit letzteres, so weit jenes, bei einem kriegerischen Volk aber reicht jenes Interesse außerordentlich weit. In dem imperium lag natürlich das Recht, die militärische Disciplin durch eine unbeschränkte Strafgewalt aufrecht zu erhalten. Was dem Feldherrn zur Zeit der Republik nicht versagt ward, konnte auch dem König nicht fehlen. An sich war diese militärische Strafgewalt mit der des Volks durchaus verträglich; beide bewegten sich ja in ganz verschiedenen Kreisen, die eine war auf den Soldaten, die andere auf den Bürger verwiesen. Zur Zeit der Republik wurden diese Kreise streng inne gehalten, und nur, wenn man in der Noth zur Ernennung eines Dictators schritt — der heutigen Verhängung des Belagerungszustandes oder Proclamirung des Standrechts — ward die ganze Bevölkerung unter die Strenge des Kriegsgesetzes gestellt. Zur Königszeit hingegen hatte jene militärische Strafgerichtsbarkeit eine ungleich größere Ausdehnung und griff mit eiserner Hand auch ins bürgerliche Leben ein. Man braucht aber diese Ausdehnung nicht als ein Werk der reinen Gewalt, als eine Usurpation der Könige zu betrachten, sondern es lassen sich Gesichtspunkte auffinden, die dieselbe motiviren, wenigstens begreiflich machen.[155a]) Zunächst nämlich war ja die militärische

155a) Dieselbe Entwicklung der militärischen Strafgerichtsbarkeit wiederholt sich bei den normannischen Königen in England, s. darüber Gneist, Die Geschichte des Selfgovernment in England. Berlin 1863. S. 86. „Vom Standpunkt ihrer lehnsrechtlichen Königshoheit aus werden die schweren Verbrechen als Militärverbrechen (felonies) Gegenstand von Strafverordnungen des Kriegsherrn. Namentlich unter Heinrich I. ist eine große Zahl neuer Fälle zu Capitalverbrechen erklärt. Die eigentlichen Criminalfälle erscheinen nun als felonias contra pacem Domini Regis." Beispiele auf S. 87 daselbst: Aufruhr gegen König und Reich, im Heere, Todtschlag, Brandstiftung, Raub, Entführung, Fälschung, selbst Schlägereien, wenn sie einen tumultuarischen Charakter annehmen. Der Begriff der per duellio (s. u.) konnte sich in den Händen der römischen Könige nicht minder elastisch bewähren als der der felonies in denen der normannischen.

Gewalt des Königs keineswegs auf die Zeit des Marsches beschränkt, für die Dauer des Friedens und des Aufenthaltes in Rom selbst aber suspendirt. Behielt das Volk seine Qualität als Heer auch in Rom bei, so dauerte auch die Disciplin und mit ihr die militärische Strafgewalt fort. Die Disciplin ist aber ein sehr elastischer Begriff und ließ sich in den Händen eines herrschsüchtigen Königs ohne Gewaltsamkeit so weit spannen, daß von einem dienstfähigen Bürger kaum ein Verbrechen begangen werden konnte, das der König, wenn er wollte, nicht hätte bestrafen dürfen. Ein zweiter Gesichtspunkt gab dem König eine Strafgewalt auch über die nicht mehr zum activen Heer gehörigen Personen. Als Befehlshaber der bewaffneten Macht sollte er den Staat gegen seine Feinde schützen, die öffentliche Sicherheit, wo sie gestört war, wieder herstellen. Ob diese Feinde aber äußere oder innere und im letzteren Fall der militärischen Strafgewalt unterworfen waren oder nicht, machte keinen Unterschied; sie verfielen gleichmäßig der Schärfe des Schwertes. So wenig das Volk das Schicksal gefangener Feinde zu bestimmen hatte, sondern wie dies dem Feldherrn allein überlassen blieb, so auch die Bestrafung der inneren Feinde.[156] Wer seinerseits als Feind als perduellis[157] verfährt, gegen den wird auch wieder so verfahren, d. h. der König richtet ihn nach Kriegsrecht, und eine Provocation ans Volk ist unstatthaft. Das ist das weite Verbrechen

156) Daß der König den perduellis richtete, geht aus dem bekannten Fall des Horatius hervor, ebenso richtet Brutus als Innehaber des imperium die Verschworenen, welche dem Tarquinius die Stadt übergeben wollten. Auch im letztern Fall lag eine perduellio vor, und es scheint mir nicht statthaft aus den hier und anderwärts gebrauchten Ausdrücken: proditores, proditio u. s. w. mit Rubino S. 466 fl. ein eigenes Verbrechen der proditio im Gegensatz der perduellio zu bilden. Wäre es statthaft, so würde aber auch dieses Verbrechen nach dem im Text aufgestellten Gesichtspunkt der Strafgerichtsbarkeit des Königs anheim gefallen sein.

157) Perduellis (von para, sehr, und duellum, dem spätern bellum) Festus sub voce: hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis.

der perduellio = der Bethätigung feindseliger Gesinnung gegen das Gemeinwesen. [158])

Wie weit nun immerhin selbst über diese Gesichtspunkte hinaus die Strafgerichtsbarkeit des Königs sich ausgedehnt haben möge, der ursprüngliche Grund und das Gebiet derselben lag innerhalb der Wehrverfassung. Hier erscheint ihre Bildung eben so begreiflich, ja nothwendig, wie sie umgekehrt abgesehn davon gegenüber den Ideen über vindicta publica räthselhaft sein würde. Daß sie von hier aus Uebergriffe in das Gebiet der Strafgerichtsbarkeit des Volks machte, ist gleichfalls erklärlich, und ich erblicke in der gegen die Urtheilssprüche der Könige eingelegten Provocation ans Volk nichts als eine Abwehr dieser Uebergriffe, eine Reclamation des Volksgerichts in Fällen, wo der Verurtheilte die Competenz des Königs glaubte bestreiten zu dürfen [159]) und ein Interesse daran hatte dies zu thun. Es

158) L. 11 ad leg. Jul. maj. (48. 4): Perduellionis reus est hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus. Liv. IV, 15 Vim parantem, ne judicio se committeret, vi coercitum esse; nec cum eo tanquam cum cive agendum fuisse. id. II, 45. Edicunt inde . . si quis injussu pugnaverit, ut in hostem animadversuros. Daher bei Vollziehung des Todesurtheils das Trompetensignal, Seneca de ira I c. 15: convocanda classico concio.

159) Also nicht eine Appellation an eine höhere Instanz, sondern wenn man will, eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Incompetenz. Bei militärischen Vergehn fiel die Provocation aus diesem Grunde hinweg, denn für sie war ja die Competenz des Königs zweifellos, und hierauf sind die Nachrichten zu beziehen, welche die Zulässigkeit der Provocation in der Königszeit verneinen. Bei gemeinen Verbrechen hingegen waren die Volksgerichte competent, und wenn hier dennoch der König eingeschritten war, so mochte der Verurtheilte auf sein competentes Gericht provociren; hierauf beziehe ich die Nachrichten, welche bezeugen, provocationem etiam a regibus fuisse. In dem bekannten Fall des Horatius (Liv. I, 25. 26) erhielt die Verstattung der Provocation eine große Vergünstigung, denn Horatius tödtete die Schwester, als er mit dem siegreichen Heere in Rom einzog, also als Soldat. Dies war der Grund, der diese Provocation so auffällig machte, und warum der Vater des Fabius (Liv. VIII, 33) sich auf dieses Beispiel berief, denn was er wollte, war ebenfalls die Verstattung einer Provocation gegen ein militärisches Vergehen.

braucht aber nicht ausgeführt zu werden, daß und warum bei diesem Conflict beider Strafgewalten die Lage des Königs eine unendlich viel günstigere war als die des Volks, das erst durch den König zusammenberufen werden mußte. Kein Wunder, daß es im Lauf der Zeit seinen Antheil an der Strafrechtspflege auf das Minimum beschränkt sah, das der König ihm einzuräumen für gut fand.

Die im Bisherigen entwickelte Auffassung des römischen Königthums oder richtiger seines ursprünglichen Motives hat den Vorwurf einer zu einseitigen Betonung des militärischen Gesichtspunktes auf sich geladen, und da dieser Vorwurf aus dem Mund von Männern kommt, [159a]) denen ich in Bezug auf diese Parthie des römischen Alterthums ein competenteres Urtheil zutraue als mir selber, so wage ich nicht ihn zurückzuweisen. Das Bedürfniß für das römische Königthum nach einer Erklärung zu suchen, haben auch Andere gefühlt, und wenn man die Umgebung und den Boden, die dasselbe vorfindet, sich vergegenwärtigt, wird man sich diesem Gefühl schwerlich zu entziehen vermögen. Der Geist, der uns aus allen Spuren der Urzeit anweht, ist kein dem Königthum günstiger, es ist der Geist des trotzigen Selbstgefühls, der individuellen Unabhängigkeit und Selbständigkeit, der Gedanke, daß Jeder sein eigner Herr ist und nur so weit es nicht ist, als er einem Andern eine Gewalt über sich eingeräumt hat. Mit diesem Geist erscheint das Königthum in meinen Augen psychologisch nur vereinbar, wenn man seine Einführung auf Gründe zu stützen vermag, die selbst für jenen Sinn etwas Zwingendes haben mußten. Vergebens aber sehe ich mich außer dem obigen Gesichtspunkt nach solchen Gründen um. Es ist nicht wahr, daß das Interesse der Rechtspflege den König hätte ins Leben rufen

---

159a) Wie z. B. Schwegler Röm. Gesch. I S. 651.

können; bei unläugbarer Schuld vollzieht der Gläubiger selber die Execution, ohne daß ihm die Obrigkeit den Schuldner erst zuspricht, bei zweifelhaftem Anspruch übertragen beide die Entscheidung einem Mann ihrer Wahl (S. 167). Eben so wenig aber will es mir einleuchten, daß der römische König wie in den Theokratieen des Orients der Religion sein Amt verdankt habe. Die Religion ist in der römischen Kosmogonie (§. 8) erst das Zweite, Numa kommt erst nach Romulus, und darin ist das Verhältniß der geistlichen Hierarchie der weltlichen gegenüber vorbildlich ausgeprägt. Daß der geistliche König zugleich Feldherr hätte sein sollen, wird Jeder, der eine Ahnung vom römischen Wesen hat, für eine Unmöglichkeit erklären; daß umgekehrt der Feldherr oder das weltliche Oberhaupt zugleich sacrale Functionen hatte, wird Niemanden Wunder nehmen.

Man hat das römische Königthum nach Art des Patriarchalstaats an die väterliche Gewalt anknüpfen wollen [159b]) — für einen auf das Familienprincip gegründeten Staat eine an sich ganz plausible Idee. Allein man führe sie einmal consequent durch, um zu sehen, wohin man gelangt. Hätte die römische Welt für diese Verwendung der patria potestas Sinn und Verständniß gehabt, so hätte doch die Verfassung der gens den nächsten Anlaß dazu bieten müssen, der Patriarch der gens hätte das naturgemäße Urbild des obersten Patriarchen abgegeben. Aber die Verfassung der gens ist durch und durch republikanisch organisirt, die Gentilen erben, helfen, beschließen, üben die Disciplinargewalt

159b) Am entschiedensten Lange Röm. Alterth. B. 1 (Aufl. 2) §. 44, obschon er die großen Abweichungen beider Verhältnisse einräumen muß, s. S. 237, 240. „Widerspruch in sich selber.“ Im Wesentlichen auch Mommsen Röm. Gesch. I, 1 Kap. 5 (Aufl. 4) S. 64 . . . „sichtbare Einheit des obersten röm. Hauses, das ganz Rom einschloß . . .“ „Alsdann hat er ganz die Macht in der Gemeinde, die im Hause dem Hausvater zukommt und herrscht wie dieser auf Lebenszeit . . . Ihm steht wie dem Vater das Züchtigungsrecht und die Gerichtsbarkeit zu.“

aus. Wir wiſſen von einem „princeps gentis“, [159c]) aber Nichts von einem monarchiſchen Oberhaupt derſelben. Wenn einmal die Verfaſſung des Geſammtſtaates — und dahin geht ja die obige Anſicht — der des Hauſes nachgebildet war und darum der Poſten des Hausvaters ſich in dem des Königs wiederholen ſoll, wie kommt es, daß derſelbe gerade in dem der Familie noch ungleich näher ſtehenden engeren Kreiſe der gens fehlt? Die Architektonik des älteſten Staats beruht weſentlich auf Nachbildung des kleineren Kreiſes im größeren, dem Geſetz der Imitation und Symmetrie, damit kann ich es aber durchaus nicht vereinigen, daß man bei der angeblichen Hinübernahme des Vaters aus der Familie in die Staatsverfaſſung das ſo wichtige Mittelglied der gens, der Curien nicht zu gedenken, überſprang. Aber auch die Stellung des römiſchen Königs zum Volk entſpricht keineswegs der Geſtalt, die ſonſt das Patriarchenthum an ſich trägt, der gänzlich mangelnden etymologiſchen Andeutungen völlig zu geſchweigen. Das Vermögen des Staats iſt nicht „königliches Gut“, ſondern res publica, der König wird nicht einer beſtimmten Familie entnommen, noch weniger durch Geburt beſtimmt, ſondern er wird völlig frei gewählt, über das Vermögen des Einzelnen hat er nicht die geringſte Macht, während die väterliche Gewalt umgekehrt das ganze Vermögen des Hauſes in die Hände des Kindes legt. Und nach außen hin, wo er Gelegenheit gehabt hätte, ſein Volk als Vater zu vertreten, iſt nicht er es, der dies thut, ſondern es wird ein eigener „gemachter Vater“ (pater patratus) für den einzelnen Fall ernannt, der, nachdem er dem fremden Volk ſeine Klagen vorgebracht hat, in ſein Nichts zurückſinkt, um ſpäter dem König als Feldherrn Platz zu machen. Die Formel, deren ſich dieſer Sendbote bedient — offenbar eine der älteſten, die uns erhalten ſind (Liv. I, 32) — iſt für die Stellung, welche der König ein-

159c) Macrob. Sat. I, 6 i. f. princeps Corneliae gentis. Sueton. Tib. c. 1 Atta Claudio gentis principe.

nimmt, höchst charakteristisch. In ihr ist von letzterem gar nicht die Rede, sondern bloß vom Volk! Der Mann kündigt sich an als „Bote des römischen Volks", und nachdem er seine Litanei beendet hat, droht er nicht etwa damit, daß er es dem König sagen werde, sondern daß die „Aeltesten" daheim das Weitere berathen würden. Der Krieg ist beschlossen, wenn die Majorität des Senats sich dafür erklärt hat, ohne daß der König dabei weiter etwas zu thun hätte als abstimmen zu lassen. Und bei der Ankündigung des Krieges ist wiederum vom König gar keine Rede, der Gesandte kündigt ihn an als beschlossen vom Senat in dessen und des römischen Volks Namen. Und jetzt erst, wenn das Heer zu Felde zieht, merkt man, daß ein König da ist d. i. der Feldherr.

Doch es sei dem, wie ihm wolle — möge ich immerhin die Qualität des Feldherrn im römischen König zu ausschließlich betont haben, so viel glaube ich behaupten zu dürfen, daß von diesem Ausgangspunkt aus das ganze römische Königthum sich ungleich befriedigender psychologisch und historisch erklären läßt, als wenn man es an die Religion oder die väterliche Gewalt anknüpft. Mögen auch andere Ideen mitgewirkt haben — an dem vorwiegend militärischen Charakter des römischen Königthums halte ich nach wie vor fest, und ich kann es mir nicht versagen, bei dem geringen Anklang, den diese Idee zur Zeit noch gefunden, wenigstens eine Autorität für sie anzuführen. Es ist eine Stelle aus Schwegler's römischer Geschichte (I S. 523), die ich im Folgenden abdrucken lasse.

„In den beiden ersten Königen des römischen Staats, heißt es hier, hat der Mythus die beiden, auf den ersten Anblick so disparaten Grundelemente des römischen Wesens personificirt, den kriegerischen Geist der Nation und ihre Deisidämonie. Daher mußte der erste König den römischen Staat durch Waffengewalt begründet, ihm den Geist der Eroberung, den Ehrgeiz kriegerischer Ueberlegenheit eingeflößt, der zweite ihn durch Religion und Sittigung neu gegründet, gleichsam neu geboren haben. Die kriegerische Thätigkeit ist es also, was den Mittelpunkt des römi-

liſchen Wirkens ausmacht: iſt doch die Ermahnung zum eifrigen Betrieb des Waffenwerks das letzte Wort, das er an ſeine Römer richtet, gleichſam ſein politiſches Teſtament. Es läßt ſich nicht läugnen, daß dieſer Dichtung eine richtige Idee zu Grunde liegt. Jedem Staate gehen die Bedingungen ſeines Urſprungs nach: keiner kann ſeine hiſtoriſche Baſis ändern, und wenn es wahr iſt, daß ein Reich mit denſelben Mitteln behauptet werden muß, durch welche es begründet worden iſt, ſo hat auch der umgekehrte Schluß einigen Schein der Wahrheit, daß mit denſelben Mitteln, durch welche ein Reich behauptet werden muß, in der Regel auch ſeine Gründung bewerkſtelligt worden iſt; daß folglich ein Staat, der nur durch das Schwert beſteht, dem Schwerte auch ſeinen Urſprung verdankt. Die Nationen haben häufig in ihren Gründungsſagen ein ſehr richtiges Bewußtſein ihres nationalen Charakters und ihres hiſtoriſchen Berufs niedergelegt. Kauf und Liſt waren die Mittel, die bei Karthagos Gründung angewandt worden ſein ſollen: nicht glücklicher konnte der Geiſt dieſes Krämervolks ſymboliſirt werden. Mit dem Schwerte ſoll Rom gegründet worden ſein, ein Kriegsheld ſoll es geſtiftet haben: kein anderer Stifter, als ein ſolcher, war des großen Martialſtaats würdig."

So weit Schwegler. Und damit möge die Frage vom römiſchen Königthum beſchloſſen ſein. Aber ein Anderes bleibt uns noch übrig, es iſt der culturhiſtoriſche Einfluß der militäriſchen Disciplin auf das römiſche Volk — ein Einfluß, den meines Erachtens auch die Rechtsgeſchichte nicht außer Acht laſſen darf. Er ſteht im engſten Zuſammenhang mit jenem Sinn für ſtrenge äußere Ordnung und unverbrüchliche Beobachtung der Form, welcher dem römiſchen Volk in ſo hervorragender Weiſe eigen war. Keine andere Schule ruft denſelben ſo leicht und ſo ſicher hervor wie die militäriſche Zucht. Der Sinn, den ſie erzeugt, iſt allerdings nur eine untergeordnete Form des ſittlichen Geiſtes, er hat etwas Unfreies, beruht mehr auf mechaniſcher Gewöhnung als auf innerlicher, ſittlicher Durchbildung, iſt mehr

auf die äußere Form und stereotype Gleichmäßigkeit der Ordnung als auf ihr inneres Wesen gerichtet. Gleichwohl ist er von unschätzbarem Werth, und ein Volk, das etwas Großes erreichen will, bedarf der militärischen Erziehung. In Zeiten der Verwilderung ist der Krieg, der das Volk unter die Zuchtruthe der militärischen Disciplin bringt, die Stahlkur der Völker, das sicherste Mittel zu ihrer Genesung. Nicht in der Strenge liegt die heilende Kraft der militärischen Disciplin; ein despotisches Regiment kann sie darin weit überbieten und entnervt und demoralisirt doch ein Volk weit mehr, als daß es dasselbe kräftigt. Während letzteres nur die Strenge der Willkühr übt, handhabt die militärische Disciplin die Strenge der Ordnung; es gibt vielleicht kein Verhältniß, welches in dem Grade die Nothwendigkeit der äußern Ordnung dem Menschen begreiflich macht und ihm eine so unvertilgbare Abneigung gegen alle Unordnung, Formlosigkeit und Regellosigkeit einprägt als die militärische Zucht.

Das römische Volk der Königszeit war so glücklich eine Verfassung zu besitzen, die dasselbe im Frieden wie im Krieg in dieser militärischen Zucht erhielt. Nachdem es darin seine Erziehung gefunden, [160]) der Geist der Ordnung und Gesetzlichkeit dem Volk zur zweiten Natur geworden, mochte diese Schule ohne Gefahr auf die Zeiten des Krieges beschränkt werden. Die Eroberungssucht der Römer stürzte sie unaufhörlich in neue Kriege und wandte damit jeder neuen Generation den Vortheil einer militärischen Erziehung zu. Der Krieg lehrte den Werth der Ordnung kennen, der Frieden den der Freiheit, und die Jugend des römischen Volks erwarb sich in der strengen Schule des Gehorsams, die übrigens schon im Hause mit der patria potestas begann, die Würdigkeit und Fähigkeit zum Herrschen.

In der Geschichte des römischen Volks wie in dem Recht

160) Die Römer selbst erkannten dies an; s. z. B. Livius lib. II, 1 in einer Reflexion über die Königszeit.

ſelbſt tritt der Einfluß jener Erziehung in höchſtem Grade hervor. Es iſt ein Verdienſt von Hegel,[161]) das durch die Art, wie er dieſen Gedanken outrirt (S. 100), nicht aufgehoben wird, auf den Einfluß, den die militäriſche Disciplin auf die römiſche Sinnesweiſe ausgeübt hat, aufmerkſam gemacht zu haben, und der Rechtshiſtoriker iſt am meiſten in der Lage den Werth dieſer Bemerkung zu würdigen, inſofern gerade er den Fingerzeig, den ſie gibt, weiter verfolgen kann. Jener Formalismus des römiſchen Rechts, den wir im zweiten Syſtem als einen der hervorſtechendſten Charakterzüge deſſelben kennen lernen werden, wo fände er, wenn man ihn nicht unvermittelt und unerklärt als einfache Thatſache ſtehn laſſen will, einen beſſern Anknüpfungspunkt als in dem Formalismus der militäriſchen Disciplin? Was iſt er anders als gleich letzterem die Ordnung der Ordnung wegen, die Disciplin der Rechtsgeſchäfte, die auf ſtrenge Gleichmäßigkeit unerbittlich hält und jedes Verſehn, jede an ſich gleichgültige, bedeutungsloſe Abweichung von der äußern Ordnung unnachſichtlich ſtraft? Für das römiſche Recht enthält er dieſelbe Schule der Zucht und Ordnung, die das Volk im Lager fand. Hier im Lager wurde das Volk an jene Subordination, an jene Strenge des Buchſtabens gewöhnt, die es nachher in den Formen ſeines Rechtslebens wiederfand; ein im Dienſt ergrauter Feldherr hätte nicht mit größerer Pedanterie und Strenge die äußere Ordnung des Rechtsverkehrs feſtſtellen und beaufſichtigen können als die alten Juriſten. Den ſegensreichen Einfluß, den dieſe

161) Philoſ. der Geſchichte 1840 S. 346: „Denn ſie (die Stiftung des Staats) führt unmittelbar die härteſte Disciplin mit ſich, ſowie die Aufopferung für den Zweck des Bundes. Ein Staat, der ſich ſelbſt erſt gebildet hat und auf Gewalt beruht, muß mit Gewalt zuſammengehalten werden. Es iſt da nicht ein ſittlicher, liberaler Zuſammenhang, ſondern ein gezwungener Zuſtand der Subordination, der ſich aus ſolchem Urſprunge herleitet;" vor allem aber S. 350, wo er namentlich auch hervorhebt, daß „die Plebs im Aufſtande und in der Auflöſung der geſetzlichen Ordnung ſo oft durch das bloß Formelle wieder zur Ruhe gebracht ſei."

militäriſche Disciplinirung der Rechtsgeſchäfte auf die Entwicklung des römiſchen Rechts ausübte, können wir erſt im zweiten Syſtem ſchildern, aber ſchon hier iſt der Ort zu der Bemerkung, daß an der Größe des römiſchen Rechts der kriegeriſche Sinn der Bevölkerung einen Hauptantheil des Verdienſtes hat.

3. Das religiöſe Princip mit ſeinem Einfluß auf Staat und Recht.

Gegenſatz des religiöſen Rechts (fas) und weltlichen (jus) — Hervortreten des religiöſen Elements in den verſchiedenen Theilen des Rechts, namentlich im Strafrecht — Die Strafe als religiöſes Sühnemittel — Der homo sacer — Das Privatrecht.

> Civitas quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset. Cic. de nat. deor. II, 2.

XVIII. Die Elemente der römiſchen Rechtswelt, welche die bisherige Entwicklung uns vorgeführt hat, bewegen ſich ſämmtlich in der nüchternen proſaiſchen Sphäre des Zweckbegriffs — Ideen und Einrichtungen von praktiſcher Tendenz, als ſolche werthvoll und unentbehrlich, aber ohne höhern ſittlichen Schwung. Iſt je ein Recht und Staat aus ſolchem Material erbaut worden? Soviel wir wiſſen, nie! „Was ein Volk aus der eigenen Mitte ſchöpfen ſoll, ſagt treffend Jakob Grimm, wird ſeines gleichen, was es mit Händen anfaſſen darf, wird entweiht; ohne Unnahbarkeit wäre kein Heiligthum, woran der Menſch hangen und haften ſoll, gegründet."

Ueberall, wo das Recht in der Geſchichte zuerſt auftritt, erſcheint es in Verbindung mit einer andern Macht, die, indem ſie ihm den Stempel höherer Weihe verleiht, es dem Wechſel der Intereſſen und Zwecke, der Kritik des Verſtandes und dem Belieben der nackten Gewalt entzieht, es in eine gewiſſe ehrfurchts-

volle, unnahbare Ferne rückt — der Religion. Die Gebote des Rechts werden zu Geboten Gottes erhoben, ſeien es bloß gewiſſe von beſonderem ſittlichen Ernſt und Gewicht, ſeien es ſämmtliche. Nicht als wenn dabei Abſicht, Berechnung, ein frommer Betrug im Spiel wäre, ſondern das Gefühl von der ſittlichen Natur des Rechts, indem es ſubjectiv der religiös geſtimmten Natur als Stimme Gottes vernehmbar wird, lagert objectiv ſeine Eingebungen und Anſchauungen als göttliche Offenbarungen ab. Das religös erregte Gemüth des Orients vernimmt dieſe Stimme Gottes überall, bei allen Verhältniſſen und Geboten des Rechts ſowohl wie der Moral; die Sphären des Rechts, der Moral und der Religion gelangen hier gar nicht zu ihrer Selbſtändigkeit, die Idee des göttlichen Willens ſtellt ſie alle auf eine und dieſelbe Linie. Aber das kälter geſtimmte Gemüth der Culturvölker des Abendlandes kennt neben den Geboten und Verhältniſſen des Rechts und der Moral, die ihm im Lichte göttlicher Anordnungen und Einrichtungen erſcheinen, bereits andere, bei denen es ſich ihres rein menſchlichen Urſprunges und Charakters ſehr wohl bewußt iſt. Bei dem griechiſchen Volk hat ſich dieſe Scheidung erſt in hiſtoriſcher Zeit vollzogen, [163a]) bei dem römiſchen bereits in der Urzeit, es bringt, gleich als wollte es damit ſofort von vornherein ſeinen Beruf für die Welt des Rechts und ſein praktiſches Zerſetzungsvermögen documentiren, den Gegenſatz von fas und jus, in dem jene Scheidung ausgeprägt iſt, ſchon bei ſeinem erſten Auftreten mit.

Fas iſt das religiöſe, heilige oder geoffenbarte Recht. [164]) Das

---

163a) K. F. Hermann, Ueber Geſetze, Geſetzgebung und geſetzgebende Gewalt im griechiſchen Alterthum. Abdruck aus B. 4 der Abh. der Geſellſch. der Wiſſenſch. zu Göttingen. Daſelbſt 1849. S. 7 fl. Der Gegenſatz ſtellt ſich dar in θέμις und θεσμὸς auf der einen und νόμος und δίκη auf der andern Seite. Bei Homer kommt nur θεσμὸς, nicht νόμος vor.

164) Isid. Orig. V, 2: Fas lex divina, jus lex humana est. Serv. ad Georg. I, 269. Fas et jura sinunt i. e. divina humanaque jura permittunt, nam ad religionem fas, jura pertinent ad homines. Die Sanskrit-Wurzel bhâ, von der man dies Wort abzuleiten pflegt, bedeutet:

Fas ſchließt ſowohl die Religion, ſoweit ſie rechtliche Geſtaltung annimmt, alſo in unſerer heutigen Sprache das Kirchenrecht, als das Privat- und öffentliche Recht, ſoweit es eine religiöſe Beziehung hat, in ſich — eine Unterſcheidung, die wir machen dürfen, um uns den Umfang des Fas klar zu machen, die übrigens im Fas ſelber nicht hervortritt. Nicht das ganze Recht hat einen religiöſen Charakter, die religiöſe Subſtanz durchdringt, wenn ich ſo ſagen darf, nicht mehr den geſammten Organismus, ſondern Gott und Menſchen, Religion und Staat haben ſich bereits getheilt, eine Gränzſcheidung vorgenommen. Das Jus iſt Menſchenſatzung, daher veränderlich, bildſam. Die bindende Kraft deſſelben beruht auf der gemeinſamen Vereinbarung des Volks, die Nichtachtung deſſelben verletzt bloß menſchliche Intereſſen. Das Fas hingegen ſtützt ſich auf den Willen der Götter, iſt alſo unabänderlich, inſoweit nicht die Götter ſelbſt eine Neuerung belieben; die Uebertretung deſſelben enthält einen Frevel gegen die Götter. Mit dem Fas blickt das römiſche Recht, möchte ich ſagen, nach dem Orient, mit dem Jus nach dem Occident; jenes iſt die ſtabile, dieſes die progreſſive Seite deſſelben. So bewährt alſo dieſer ſprachlich ausgeprägte, d. h. zum Bewußtſein gekommene Dualismus des Rechts, dem wir beim erſten Eintritt in unſer Gebiet begegnen, bereits die zerſetzende Kraft des römiſchen Geiſtes. In culturhiſtoriſcher Beziehung iſt er eine ſehr beachtenswerthe Erſcheinung und bezeichnet einen höchſt wichtigen Fortſchritt des menſchlichen Selbſtbewußtſeins.

Schon der Grund und Boden, den wir betreten, zeigt uns die Einwirkungen der Religion. Götter, Gemeinde und Indivi-

---

ſcheinen, daher auch das griech. φαίνειν und φάος das Licht. Pott a. a. O. S. 195: Verwandt damit ſind φημί und fari von der Wurzel bhash (ſprechen). Pott S. 271. Es waltet hier ein ähnlicher Zuſammenhang zwiſchen ſcheinen, zeigen und ſagen (mit Worten zeigen), wie bei dicere (S. 163 Anm. 69). Fas iſt etymologiſch alſo entweder das Scheinende, das Licht, oder eine Weiſung (der Götter), ein Götterausſpruch, wie fatum. Ueber die Etymologie von jus ſ. Note 114.

buen haben ſich darein getheilt, aber nicht bloß der Theil der Götter genießt des religiöſen Schutzes, auch die Mauern der Stadt, die Gränzen der Privatgrundſtücke,[164a]) wie Steine, Bäume, Gräben, die Früchte auf dem Felde u. ſ. w. participiren daran, und wer die Mauern verletzt, die Gränzen verrückt, die Früchte bei nächtlicher Weile ſtiehlt, der verſündigt ſich gegen die Götter und ladet den Zorn derſelben und die ſchwerſte Strafe auf ſich.[164b])

Aber näher als der Boden ſteht den Göttern die ſittliche Welt, die darauf gegründet iſt. Am nächſten der Theil derſelben, der ſich auf ihren unmittelbaren Dienſt bezieht: der Cultus und die Kirchenverfaſſung, wenn man dieſen modernen Ausdruck gebrauchen darf. Varro behandelte dieſe Verhältniſſe („res divinae") nach vier Kategorien,[164c]) welche an die drei der Juriſten: personae, res, actiones erinnern. Der Kategorie der personae entſprach die „de hominibus", worin er die geiſtlichen Behörden, der zweiten (res) die de locis, worin er die heiligen Orte: die res sacrae und religiosae behandelte, der dritten (actiones) die zwei letzten de temporibus, über die heiligen Zeiten und Spiele und die de sacris über die Conſecrationen und Opfer. Der Zweck der ganzen Ordnung war das ganze Volk zum Dienſte der Götter heranzuziehen und zwar nicht etwa in freier Weiſe, ſo daß der Irreligiöſe ſich dem hätte entziehen können oder den Prieſter hätte für ſich beten und opfern laſſen können, ſondern mittelſt rechtlichen Zwanges und ſo, daß Jeder ſelber die ihm obliegenden Handlungen vorzunehmen hatte. Der Gottesdienſt war eine Staatsinſtitution, die wie jede andere durch

---

164a) Ebenſo nach germaniſchem Recht. F. Thudichum, Die Gau- und Markverfaſſung in Deutſchland. Gießen 1860 S. 125: „Die böswillige Beſchädigung und Verrückung der Gränzzeichen galt als Frevel an der Gottheit."

164b) Das Weitere über den Gränzfrieden ſ. bei Rudorff in den Schriften der römiſchen Feldmeſſer. II S. 236 fl.

164c) Becker-Marquardt, Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 3.

rechtliche Verpflichtung gesichert war. Denn das Volk ist den Göttern auch für den Einzelnen verantwortlich; sie rächen, was der Einzelne fehlt, versieht, frevelt, am Ganzen. Darum beschränkt sich diese Ordnung nicht bloß auf die sacra des gesammten Volks und aller seiner einzelnen Kreise, sondern sie geht bis in die Familien hinunter, und die Wächter dieser Ordnung: die pontifices tragen dafür Sorge, daß bei Erbfällen und Arrogationen die Verhältnisse der Privatsacra geregelt werden. Letztere ruhen wie eine Erbschaftssteuer auf jeder Erbschaft (nulla hereditas sine sacris).

Und nicht karg zugeschnitten ist, was man den Göttern spendet. Der jährliche Aufwand für die Spiele, Feste und Opfer wog in alter Zeit sicherlich schwerer als alle andern Posten des römischen Staatsbudgets zusammengenommen. Während das Aerar nicht selten in bittere Verlegenheiten kam und zu Anleihen seine Zuflucht nehmen mußte, erfreuten sich die Götter stets des glänzendsten Wohlstandes und des reichsten Einkommens — das Kirchengut war unantastbar, als Eigenthum der Götter (res divini juris) stand es außerhalb des commercium.[165] Erst die spätere Zeit wagte es, das Einkommen der Götter zu schmälern, indem es z. B. die Einnahme aus den Succumbenzgeldern bei der legis act. sacramento dem geistlichen Fond entzog und dem weltlichen überwies. Das Besitzthum der Kirche bestand außer den unmittelbar der Gottesverehrung gewidmeten Tempeln, heiligen Orten und dem dazu gehörigen beweglichen Inventar aus den zur Versorgung der Priester und zur Bestreitung sonstiger Ausgaben bestimmten Ländereien. Es waren ihr aber noch außerdem manche Quellen des Einkommens geöffnet. Ob der

---

165) Diese Sicherheit, deren sich das Kirchengut erfreute, war die Veranlassung, warum man gern werthvolle Sachen und wichtige Urkunden in Tempeln deponirte (sacro commendatum, Cic. de leg. II, 16). Uebrigens konnten res religiosae und sacrae der Weihe entkleidet, res „profanae" werden. Böcking Pandekten I §. 69 Note 9 (Aufl. 2).

Zehnte, deſſen ſich die Kirche ſo vielfach zu erfreuen gehabt hat, und der auch für das römiſche Alterthum bezeugt wird, eine obligatoriſche Einrichtung geweſen, ſteht dahin; es wird uns gemeldet, daß man in alter Zeit gewohnt geweſen ſei ihn zu geloben, [166]) was aber offenbar ſpäter abgekommen ſein muß, denn die ſpätere Tradition weiß nur von einzelnen Fällen zu berichten. [167]) Dagegen gehörten der Kirche die Succumbenzgelder des Civilprozeſſes, und bei ſchwereren Verbrechen ward das ganze Vermögen des Miſſethäters der erzürnten Gottheit zugewieſen. [167a]) Verſtöße gegen die religiöſe Ordnung und Satzung (piacula) wurden durch piamenta, den Multen des Civilrechts entſprechend, geſühnt. [167b]) Eine freie, aber nach der Sitte des römiſchen Lebens höchſt ergiebige Quelle bildeten die Gelübde (vota), durch welche man ſich die Geneigtheit und Unterſtützung der Götter für Unternehmungen aller Art zu erkaufen pflegte. Für die den einzelnen Genoſſenſchaften und Familien obliegenden Culte hatten letztere ſelber die Auslagen zu beſtreiten.

Doch das Religions- und Kirchenweſen als ſolches hat für

---

166) Bei Macrobius Sat. III, 12: Varro . . testatus, majores solitos decimam Herculi vovere. Varro de L. L. VI, 54 Herculi decuma. Festus: Decima quaeque veteres diis suis offerebant. So auch nach dem Zeugniß von Varro bei Macrob. Sat. I c. 7 bei den Pelasgern: decima praedae secundum responsum Apollini consecrata.

167) Macrob. III, 6 (Zehnte vom Handel) Liv. V, 21 (von der geſammten Kriegsbeute).

167a) So beim homo sacer (ſ. u). Nach Isidor Orig. VI, 29 (abgedruckt Note 182) und Serv. ad Aen. I, 632 sacrificia de bonis damnatorum ward der Nachlaß eines jeden Hingerichteten zur supplicatio der Götter verwandt. „De bonis execrandorum, fügt Servius hinzu, sacrae res fiebant.“

167b) S. darüber Danz Der ſakrale Schutz S. 98 fl.; es werden hostiae majores und minores unterſchieden; die „pecunia publica“, wodurch der Vater des Horatius ſeinen Sohn expiiren ſollte (Liv. I, 26) wird zum Ankauf der Opferthiere beſtimmt geweſen ſein. Von den Multen erhalten aber die Götter nicht ſelten Geſchenke, z. B. Liv. X, 23, 33.

unſere Zwecke wenig Intereſſe,[168]) ungleich wichtiger iſt es uns zu überzeugen, wie das religiöſe Element und das Fas das ganze Leben durchdrang. Wir beginnen mit dem Staat.

Der Staat mit ſeiner Ordnung iſt durch einen religiöſen Weiheakt unter den Schutz der Religion geſtellt, gewiſſermaßen zu einem Gotteshaus gemacht, an dem man ohne Willen der Götter, die es bewohnen, nichts ändern darf. Wer gegen dieſe heilige Ordnung des Staats frevelt, verſündigt ſich daher auch gegen die Götter. Kein Theil dieſes Gebäudes, das nicht einem beſondern Gotte heilig wäre. Politiſche Verbindung ohne religiöſe iſt den Römern undenkbar, daher hat nicht bloß jede Gens, Curie und Tribus ihre beſondere Gottesverehrung, ſondern wenn Rom mit andern Völkern eine dauernde politiſche Gemeinſchaft eingehen will, ſo muß auch zwiſchen ihnen eine religiöſe Gemeinſchaft begründet werden. Aus dieſem Grunde nimmt Rom die Götter aller Völker, die es mit ſich vereinigt, in ſich auf, wie es ſeinerſeits letztere zum Jupiter Capitolinus als dem Schirmherrn des geſammten römiſchen Staates zuläßt. Die Götter ſind Staatsgötter; ihr Gebiet kann nicht weiter reichen als das des Staats, aber nothwendigerweiſe auch ſo weit als dieſes, es erweitert und verengert ſich in demſelben Maße als letzteres. Politiſche Trennung des Volks hob demgemäß die urſprünglich nationelle Einheit des Cultus auf,[169]) mit jedem Staat, der ſich in mehrere

168) In der Darſtellung der Rechtsgeſchichte darf es freilich nicht übergangen werden, und mit Recht hat Walter Röm. R.-G. 1 Kap. 18 (Aufl. 3) ihm eine genaue Beachtung geſchenkt, worauf hier verwieſen werden mag.

169) Ich kann mir nicht verſagen aus den an trefflichen Aufſchlüſſen reichen „Studien und Andeutungen im Gebiete des altrömiſchen Bodens und Cultus“ von Ambroſch Heft 1. Bresl. 1839 eine hierher gehörige Bemerkung abdrucken zu laſſen: „War auch, heißt es dort S. 178, Jupiter und Juno aus einer allen Lateinern gemeinſamen Anſchauung hervorgegangen ſo wurde doch dieſe Einheit der Anſchauung zu einer vielfachen, als in Alba, Präneſte, Gabii, Rom ſich ein politiſches Leben geſtaltete; der Nationalgott wurde ein römiſcher, gabiniſcher u. ſ. w. ſomit auch die religio Gabina für

auflöste, spaltete sich auch die Gottheit in ebenso viele besondere sich fortan fremd gegenüberstehende Götter. Politische und religiöse Peregrinität deckten sich wie umgekehrt politische und religiöse Gemeinschaft. Der Nichtbürger kann die Götter Roms nicht verehren, der Bürger muß es, durch Anbetung fremder Götter würde er seine staatsbürgerlichen Pflichten verletzen.

Wer den Staat oder irgend eine politische Einheit repräsentirt, vertritt dieselben auch den Göttern gegenüber, die Beamten sind geborne Priester; die religiösen Functionen bilden fortwährend einen nothwendigen Bestandtheil ihrer Amtsthätigkeit. Die Kenntniß des Ritus mögen sie sich immerhin von Personen des geistlichen Standes suppeditiren lassen, aber die religiöse Handlung selbst geht von ihnen aus, die Fähigkeit ist ihnen durch das Staatsamt verliehen. Der König wie später der Consul opfert und stellt die Auspicien an in Rom wie im Felde.

Sich die Gunst der Götter zu erhalten ist die erste Sorge des Staats,[170] und mit Aengstlichkeit wacht er ihres Dienstes. Opfer, Feste und Spiele reihen sich eins ans andere, jede Unthat, jedes Versehn, das die Götter reizen könnte, wird gesühnt, jedes Zeichen und Wunder, aus dem sich ihr Wille entnehmen läßt, beachtet, und wenn sie dennoch zürnen d. h. wenn Rom Unglück hat, so erschöpfen sich Priester und Zeichendeuter in Nachforschungen, um den Grund zu ermitteln, und Volk, Senat und Beamte

---

Rom eine peregrina, kurz: die ursprünglich-nationelle Einheit des Cultus durch die politische Sonderung des Volks aufgehoben, so daß, falls nun die Glieder der Nation sich wieder im Lauf ihrer politischen Entwicklung begegneten, die Gemeinschaft der Götter erst nach einem völkerrechtlichen Vertrag eintreten konnte. Natürlich war dies Verhältniß der Peregrinität ein gegenseitiges. Der Römer galt in Lavinium vor dem letzten Frieden mit den Lateinern in Bezug auf die sacra Lanuvina als Fremder wie der Lanuviner in Rom in Bezug auf die sacra publica des römischen Volks."

170) Liv. XXXVIII, 48: civitas, quae omnibus rebus incipiendis gerendisque deos adhibet. Cicero de nat. deor. II, 2: civitas, quae nunquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.

in Gelübden, Beschlüssen und wohlgefälligen Werken, um die Götter wieder geneigt zu machen. Bei jeder wichtigen Unternehmung versichert man sich zuerst durch Auspicien ihrer Zustimmung; Opfer und Gebet eröffnen die Verhandlungen, und je nach Art derselben sind im Fas die Tage bestimmt, an denen sie Statt finden können. Die unbedeutendsten religiösen Fragen haben bei der Tagesordnung stets den Vorrang vor den wichtigsten weltlichen.[171] Auch zu weltlichem Thun versammelt man sich an heiliger Stätte; so dient den Curien und dem Senat ein Tempel zum Versammlungsort, und die Beamten pflegen von einem Tempel aus die Concionen zu halten.[172]

Aber das Fas enthält nicht blos Vorschriften über die äußere Form der Geschäfte, sondern eine Menge materiell staatsrechtlicher Grundsätze.[173] Wir haben bereits erwähnt, daß die älteste Verfassung religiös geweiht war, aber auch zur Zeit der Republik dauern die Beziehungen zwischen Religion und Staatsrecht fort. So z. B. war es gegen das Fas, daß der Dictator länger als 6 Monat im Amt blieb, so waren die leges sacratae mit Inbegriff der durch sie der Plebs zugestandenen Tribunen durch den Eid des ganzen Volks unter den Schutz der Religion gestellt, und Jeder, der sie verletzte, für sacer erklärt. Hier leistete die Religion auch den Plebejern einmal den Dienst, ihre politischen Rechte zu schützen, während sie sonst umgekehrt gerade ihnen dadurch hinderlich ward, daß sie die Vorrechte der Patricier unter ihren Schutz genommen hatte. Der Umstand, daß die älteste Verfassung durch und durch mit religiösen Elementen verwachsen war, gestaltete sie für die Patricier zu einem mächtigen Bollwerk

171) Gell. XIV c. 4 de rebusque divinis prius quam humanis ad senatum referendum esse.

172) Rubino a. a. O. S. 241.

173) Darum pflegte, wer einen Gesetzvorschlag zu machen hatte, die offenbar aus ältester Zeit stammende Clausel hinzuzufügen: si quid fas non sit rogari, ejus rei hac lege nihil rogatur; s. über diese Clausel III, 223 fl.

gegen die andrängenden Plebejer, denn Angriff und Vertheidigung galt zugleich den Göttern, und religiöse Ideen unterstützten und adelten den politischen Widerstand.

Jedes Staatsamt erforderte das eidliche Gelöbniß gewissenhafter Dienstführung und zwar innerhalb der ersten fünf Tage vom Moment seiner Uebernahme an.[174] Aber nicht bloß das eigentliche Amt — jede Pflicht, die Jemand in öffentlichen Angelegenheiten übernimmt, ist von dem Eide begleitet,[175] und jede Versicherung, die Jemand vor der Behörde abzulegen hat, muß eidlich bekräftigt werden.[176] Der Eid kehrt auch wieder im Völkerrecht. Der völkerrechtliche Vertrag wird stets beschworen, mag derselbe

---

174) Fünf Tage also durfte der Magistrat provisorisch functioniren, Liv. XXXI, 50 magistratum autem plus quinque dies, nisi qui jurasset in leges, non licebat gerere. Innerhalb 5 Tage wird wahrscheinlich in der alten Verfassung der König die lex curiata de imperio haben beantragen müssen, um in den Vollbesitz seiner Gewalt zu gelangen; so erklärt sich, daß man die interreges, welche ja diese volle Gewalt nicht haben sollten, nur 5 Tage functioniren ließ, sie documentirten sich eben dadurch als Scheinkönige. Diese Frist ist dann auf den Amtseid, wenn derselbe (wie Mommsen, Röm. Staats-R. I 506 annimmt) erst später eingeführt worden ist, übertragen worden; auch letzteren hatten die Interreges nicht zu leisten. Lex curiata de imperio und Amtseid waren die Kriterien des Provisoriums im Gegensatz zum Definitivum. Auf die Analogie der fünftägigen Frist beim jurare in leges und der Amtsdauer des einzelnen Interrex ist bereits Lange Röm. Alterth. I. S. 608 (Aufl. 2) aufmerksam geworden, ohne aber die obige Combination daran zu knüpfen.

175) So schwört der Soldat bei der Aushebung den Diensteid (sacramentum), dann den Lagereid, und die Soldaten untereinander, ursprünglich freiwillig, später nach Vorschrift den Eid, nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewissen Gründen verlassen zu wollen u. s. w. Gell. XVI, 1. Liv. II, 45. Daß die Richter zu schwören hatten, wird nicht erst der Bemerkung bedürfen.

176) So die Angaben beim Census, Liv. 43, 14; ferner über die Wirklichkeit der ehelichen Absicht bei kinderloser Ehe: das solemne juramentum de uxoribus Gell. IV, 20 (B. III, 250, 259). Selbst öffentliche Personen, welche an der Glaubwürdigkeit ihrer Zusicherungen oder Drohungen keinen Zweifel aufkommen lassen wollten, pflegten einen öffentlichen Eid abzulegen.

einseitig und unter Vorbehalt der Genehmigung des Volks vom Feldherrn abgeschlossen werden (die sponsio) oder im Namen und im Auftrage des Volks von den Fetialen (das foedus).[177] Gerade für das Völkerrecht, das den Gedanken des Rechts zu allen Zeiten am mühsamsten realisirt, war die Unterstützung von Seiten der Religion am unentbehrlichsten. Die beiderseitigen Götter überwachten die beschworenen Verträge, und darum wurden auch die Urkunden derselben im Tempel des capitolinischen Jupiter, diesem religiösen Centralpunkt des gesammten Staates, aufbewahrt.[178] Erhebung eines Krieges gegen ein Volk, mit dem früher ein solcher Vertrag abgeschlossen, war daher eine religiöse Frage und erforderte zunächst einen religiös-völkerrechtlichen Prozeß gegen das wortbrüchige Volk und sodann den Ausspruch, daß der Krieg ein purum piumque bellum sei. (Liv. I, 32.)

Derjenige Theil des Rechts, an dem der Einfluß der Religion bei allen Völkern auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung in ganz besonders hohem Grade sich äußert, ist das Strafrecht. So auch im römischen Recht. Die beiden Grundbegriffe des Strafrechts, das Verbrechen und die Strafe, erscheinen der ältesten Zeit im Lichte der religiösen Auffassung und zwar das Verbrechen als Vergehn gegen die Gottheit, die Strafe als Sühnemittel. Wenn wir uns bei diesem Punkt etwas verweilen, so wird dies darin seine Rechtfertigung finden, daß es sich hier nicht um vereinzelte Spuren des religiösen Princips handelt, sondern um eine Fundamentalanschauung, einen neuen Ausgangspunkt des gesammten Strafrechts (den andern s. oben S. 212).

Nicht jedes Unrecht oder Vergehen, das die Rache des Einzelnen oder des Volks heraufbeschwor oder die Strafgewalt des Kö-

177) Liv. I, 24. Beruhte der Name des pater patratus, der den Eid ableistete, vielleicht auf der Idee, daß er das römische Volk nach außen hin ebenso vertrete, wie der Vater seine Kinder? Die völkerrechtliche noxae deditio wäre dadurch mit der privatrechtlichen von Seiten des Vaters auf denselben Gesichtspunkt zurückgeführt.

178) Hartung Relig. der Römer Bd. 2 S. 11.

nigs in Thätigkeit versetzte, erschien als ein Frevel gegen die Götter. Der Dieb, der Räuber hatten sich bloß gegen Menschen vergangen, und Menschen forderten Strafe von ihnen, die Götter mischten sich nicht hinein. Andere Vergehungen dagegen berührten auch sie, sei es sie und die Menschen gemeinsam oder sie allein. Rücksichtlich der letzteren hatte die Gemeinde nur die Pflicht dafür zu sorgen, daß die Götter wieder versöhnt und zufrieden gestellt würden, damit nicht sie selber ihren Zorn auf sich lüde (ut religione civitas solvatur, Cic. pro Caec. 34). Die Ausführung geschah durch das geistliche Gericht: die pontifices; je nach dem Gewicht des Versehens oder Vergehens durch bloße Sühne (expiatio), welche insbesondere im Fall der Unachtsamkeit eintrat (si imprudens erraverit), oder durch Strafe, die sich wie bei den vestalischen Jungfrauen bis zur Lebensstrafe steigern konnte. Jeder, der sich nicht selber gegen die Götter vergehen wollte, hatte mit dem Schuldigen bis zu seiner geschehenen Entsühnung die religiöse Gemeinschaft abzubrechen; letzterer war unrein, hatte zum Gottesdienst keinen Zutritt. Zur Klasse dieser rein religiösen Vergehen gehörte unter andern der Meineid. Die bürgerliche Rechtsordnung war durch den Meineidigen nicht verletzt, und die Gemeinde hatte keinen Anlaß und kein Recht, ihn zu strafen. Aber um so schwerer traf denselben der göttliche Zorn. Der Zustand der Impietät, in den er ihn versetzte, enthielt die dauernde Ausstoßung aus der religiösen Gemeinschaft, er war und blieb „exsecratus," insofern nicht aus besondern Gründen ein Beschluß des gesammten Volks, das damit die Verantwortlichkeit auf sich nahm, es der geistlichen Behörde ermöglichte, ihn wieder darin aufzunehmen (resecrare).[179]).

Indem wir diese rein religiösen Vergehen und Verstöße, welche für das Recht kein Interesse haben, hier übergehen, wenden wir uns den eigentlichen Verbrechen zu. Soweit wir erkennen können,

---

179) Das Weitere dieser von Danz, Der sakrale Schutz (Kapitel I; entwickelten Ansicht s. daselbst.

lag ihnen sämmtlich die Idee zu Grunde, daß mit der menschlichen Ordnung zugleich die göttliche angetastet worden sei, und die an dem Verbrecher zu vollziehende Strafe beides an ihm zu rächen habe. Die erzürnten Götter müssen versöhnt werden, sonst übertragen sie ihren Groll auf das ganze Gemeinwesen, denn die Gemeinde haftet wie fremden Völkern, so auch den Göttern für Vergehungen ihrer Mitglieder; sagt sie sich nicht los von ihnen (völkerrechtlich durch deditio [S. 215], religiös durch aquae et ignis interdictio, s. u.), so macht sie das Unrecht zu dem ihrigen.[180] Indem sie den Verbrecher, der sich durch seine That verunreinigt hat, straft, reinigt sie ihn und sich selber.[181] Dies die Auffassung der ältesten Zeit über Verbrechen und Strafe, wie sie noch aus manchen Spuren deutlich hervorschimmert. Poena, worin man wie im griechischen ποινή zunächst das Sühnegeld erblicken will,[181a] weist etymologisch auf die Idee der Reinheit hin,[181b] ebenso castigatio (castum agere): der incastus, incestus, der Schmutzige, wird dadurch gereinigt, und luere, büßen, namentlich auch in Verbindung poenas luere, ist lavere, lavare,

180) Darum pflegten Schwörende, wenn sie für den Fall der Eidbrüchigkeit die Strafe des Himmels auf sich herabbeschworen, einen Vorbehalt zu Gunsten des Gemeinwesens hinzuzufügen. Festus sub voce lapidem ... „si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat" etc.

181) Die Idee der Verunreinigung und Reinigung, die in den orientalischen Religionen eine so große Rolle spielt, übte auch in Rom einen bedeutenden Einfluß aus, ich erinnere an die censualis lustratio des Volks, die Reinigung der Kinder (Fest. sub lustrici), der Familie des Verstorbenen (Fest. sub denicales), locus purus im Gegensatz zum religiosus.

181a) Rubino a. a. O. S. 460: wer sie erleidet, gibt sie (dat, solvit, pendit), wer sie zufügen will, fordert sie ein (petit, expetit, exigit), wer sie vollzieht, nimmt sie an (sumit, capit, habet poenas). Rein Criminalrecht der Römer S. 284 will poena nur von der Privatgenugthuung verstehen.

181b) Pott Etymol. Unters. I S. 252. Damit hängen zusammen: pu-rus, πῦρ (das reinigende), pu-tus, pu-teus, pu-nire.

waschen.[182]) Supplicium, die Todesstrafe, führt etymologisch auf Besänftigung der Götter zurück (sub–placare, supplex). Dieselbe religiöse Beziehung tritt auch in den Strafen selber hervor. Man hat, was die Todesstrafe im allgemeinen anbetrifft, auf die beim supplicium üblichen supplicationes verwiesen (der Nachlaß der Hingerichteten, so wird uns berichtet,[183]) sei verwandt, um die Götter zu besänftigen), hinsichtlich der Vollziehung der Todesstrafe durch Erhenkung auf den den unterirdischen Göttern gewidmeten arbor infelix, hinsichtlich der Enthauptung auf die Verhüllung des Hauptes, die Analogie des Opferbeiles[184]) und hat auch die Menschenopfer der Urzeit[185]) damit in Verbindung gebracht. Lehrreich für diese Frage ist auch der bekannte Fall des Horatius. Ut caedes manifesta, sagt Livius, aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica. Hätte den Mörder also die eigentlich verdiente Todesstrafe getroffen, so würde es dieser Entsühnung nicht bedurft haben. Die religiöse Beziehung der Vermögensstrafen oder richtiger der Einziehung des ganzen Vermögens — denn eine religiöse Geldstrafe kommt meines Wissens nicht vor — erhellt aus dem Namen consecratio bonorum. Das weltliche Gegenstück derselben ist die publicatio bonorum. In demselben Maße als die religiöse Auffassung des Kriminalrechts einer profanen Platz machte, verlor die Consecration an Terrain, und der Staat übte, wo kein religiöses Bedenken entgegen stand, die Vermögensentziehung im eigenen Interesse aus,[186]) wie er ja gleichfalls in spä-

182) In diesem ursprünglichen Sinn hat sich luere noch in lustrum, lustratio, lustricus u. s. w. erhalten.

183) Isidor. Orig. VI 29: supplicia dicuntur supplicationes, quae fiebant de bonis passorum supplicis. Serv. ad Aen. I. 632.

184) Statt Anderer nenne ich E. Platner de jure criminum Rom. p. 36 sq.

185) Niebuhr Röm. Gesch. B. 1 S. 557. Rein Röm. Kriminalrecht S. 34.

186) z. B. bei den Decemvirn, Liv. III, 58: bona publicata sunt.

terer Zeit sich auch das sacramentum aus Civilprozessen aneignete. Auch die Sacertät und die aquae et ignis interdictio, möge man sie nun mit der herrschenden Meinung als eigentliche Strafen auffassen oder die Ansicht, die ich im Folgenden über sie entwickeln werde, theilen, bestätigen wie wenige andere Spuren die oben ausgesprochene Ansicht über die ursprüngliche Auffassung des Verbrechens.

Die Sacertät, der Zustand des homo sacer, war die religiöse und weltliche Acht. Der Rache der Gottheit, die er durch seine Unthat verletzt hatte,[186a]) verfallen (sacer) und darum von jeglicher menschlichen Gemeinschaft ausgeschlossen, seines Vermögens zu ihren Gunsten beraubt durfte der Schuldige von Jedem, der Lust hatte, erschlagen werden. War die Sacertät eine Strafe? Meiner Ansicht nach nicht. Zwar wenn man unter Strafe bloß das an die Begehung eines Verbrechens sich knüpfende Uebel versteht, so war die Sacertät gewiß die schwerste Strafe, die sich überhaupt denken läßt, denn es gab kein Uebel, das sie nicht in sich schloß; sie war in der That die tiefste Tiefe der criminalistischen Verfolgung und Erniedrigung des Menschen. Auch der Feind war rechtlos, aber was beim homo sacer noch hinzukam, war das psychologische Moment: die Gewißheit vor Göttern und Menschen ein Greuel, ein Gegenstand der allgemeinen Verwünschungen und des Abscheus zu sein, wie ein Verpesteter aus der Gemeinschaft der Menschen hinausgestoßen zu sein zu den Thieren des Feldes, geflohen und gemieden von Jedermann, der es nicht etwa für ein gutes Werk hielt, ihn aus der Welt zu schaffen, kurz das Gefühl des auf ihm lastenden Fluchs und das Brandmal des Geächteten, das seine Lage erst zu dem machte, was sie war. Die Strafe war ihrer oben nachgewiesenen ursprünglichen Idee zufolge kein bloßes Uebel, sondern sie hatte die Bestimmung, den Verbrecher zu reinigen, ihn mit Göttern und

186a) Nicht den Göttern schlechthin, wenigstens werden regelmäßig bestimmte Gottheiten genannt.

Menschen wiederum zu versöhnen. Aber die Sacertät, und wenn sie auch ein ganzes langes Leben hindurch dauerte, kam nie zu einem solchen versöhnenden Abschluß, der Mann starb wie er gelebt hatte: als homo sacer, unversöhnt mit Gott und Menschen; das Schwert der Gerechtigkeit wäre mit seinem Blut besudelt worden, er stand außerhalb des Rechts in dem Maße, daß nicht einmal die Strafgewalt sich weiter mit ihm abgab. Die Sacertät läßt sich daher meines Erachtens nicht anders definiren als der Zustand des ruchlosen, jeder Aussicht auf Wiederaufnahme in die menschliche und religiöse Gemeinschaft beraubten Missethäters.

Ich habe in der ersten Auflage dieses Werks angenommen, daß die Sacertät die Folge eines jeden Verbrechens gewesen, das als eine Verletzung der Götter angesehen worden sei. Aus dem bisherigen ergibt sich, daß ich diese Ansicht zurücknehme; jedes Verbrechen verletzte die Götter, ohne daß darum schon der Verbrecher als sacer gegolten hätte. Die Sacertät ist uns nur bei gewissen Verbrechen bezeugt: bei der thätlichen Mißhandlung der Eltern durch die Kinder, dem Verrath des Patrons an seinem Clienten, dem Ausspflügen der Gränzsteine.[186b]) Wenn spätere Berichterstatter diese Fälle auf Gesetze der Könige zurückführen,[187]) so weiß man, was dies sagen will, es ist eine Form zur Bezeichnung uralten Gewohnheitsrechts. Die Republik fügte in den leges sacratae noch einige Fälle hinzu; hier ward die Sacertät rein als Mittel zu politischen Zwecken gebraucht, nämlich um durch ihre Androhung die den Plebejern eingeräumten Concessionen gegen Verletzung sicher zu stellen.[187a])

186b) Auch der sagenhafte Fall der Ueberspringung der Stadtmauer von Seiten des Remus und der daran sich reihenden Erschlagung des Remus durch seinen Bruder läßt sich unter diesen Gesichtspunkt bringen; s. S. 286.

187) Das Quellenmaterial bei Dion. II, 10, 74. Serv. ad Aen. VI, 609. Fest. sub termino, plorare.

187a) Festus: Sacratae leges sunt, quibus sanctum est: qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque.

Dieſe jüngſte Geſtalt des Verhältniſſes, in der die Sacertät ſich als eine von der Geſetzgebung angedrohte Strafe darſtellt, darf uns über die urſprüngliche Natur derſelben nicht täuſchen. Die Sacertät mochte, nachdem ſie einmal da war, von der Geſetzgebung benutzt werden, aber ſie iſt eben ſo wenig wie die Infamie, bei der ein Gleiches Statt fand, von ihr eingeführt. Solche Inſtitute, wie die Sacertät und die Infamie, denkt ſich kein Geſetzgeber aus, oder wenn er es verſucht, wie bei der Strafe der Entziehung der Nationalcocarde, macht er glänzendes Fiasco. Solche Inſtitute gehen nur aus dem Volke ſelbſt hervor, denn ſie enthalten den unmittelbaren Ausdruck des Sittlichkeitsgefühls des Volks, ein Verdammungsurtheil, geſprochen und vollzogen vom Volke ſelber. Die Staatsgewalt hat es in ihrer Hand, die härteſten Strafen feſtzuſetzen, aber was ſie nicht vermag, iſt dem Volk vorſchreiben, wie es über den ſittlichen Charakter einer Handlung denken ſoll.

Der ganze Zuſchnitt der Sacertät weiſt darauf hin, daß ſie nicht auf dem Boden eines geordneten Rechtszuſtandes gewachſen iſt, ſondern in die Periode des vorſtaatlichen Lebens hinaufreicht. Sie iſt ein Stück aus der Urzeit der indogermaniſchen Völker. Ich will dahin geſtellt ſein laſſen, ob das griechiſche ἐναγής [187b]) hierher zu beziehen ſei, aber das altgermaniſche und altnordiſche Alterthum bietet uns in dem Friedloſen und Waldgänger (dem wargus, vargr, dem Wolf, auch mit religiöſer Betonung: Wolf im Heiligthum vargr i veum) [188]) den unzweifelhaften Bruder des römiſchen homo sacer. Gerade dieſe, meines Wiſſens bisher nicht benutzte hiſtoriſche Parallele iſt für die richtige Auffaſſung der römiſchen Sacertät von unſchätzbarem Werth. Es iſt, ſoviel ich weiß, die allgemein herrſchende Anſicht, [188a]) daß die

187b) Schneider Griech.-deutſch. Lexicon: „ein durch Verbrechen verunreinigter, verwünſchter, abſcheulicher Menſch; ἐναγὴς ἔστω τοῦ Ἀπόλλωνος Aesch. or. Für sacer, jure jurando obstrictus.“

188) Wilda Strafrecht der Germanen B. 1 S. 278, 280.

188a) Die frühere Literatur bei Rein Röm. Kriminalrecht S. 32.

Sacertät keine unmittelbare Folge des Verbrechens gewesen, sondern daß es erst einer Verurtheilung oder wenigstens der Constatirung des Factums bedurft habe. Da der Widerspruch, den ich dieser Ansicht in der ersten Auflage entgegengesetzt habe, unbeachtet vorübergegangen ist, so sehe ich mich in Anbetracht, daß es sich hier um einen Cardinalpunkt handelt, genöthigt, denselben eingehender, als es damals geschehen ist, zu begründen, und zu dem Zweck leistet mir eben jene Parallele einen wichtigen Dienst.

Dieselbe beweist nämlich, daß das, was man für das römische Alterthum als eine Unmöglichkeit betrachtet: die Erschlagung des Geächteten ohne Urtheil und Recht, für das germanische Alterthum eine zweifellose Wirklichkeit gewesen ist. Nach dem Recht der Graugans durfte in Island der auf frischer That ertappte und dadurch der Friedlosigkeit verfallene Verbrecher ohne weiteres erschlagen werden, ebenso nach altnorwegischem Recht, wer Jemanden beim Ding getödtet hatte,[188b]) und selbst nach der That verstattete die Graugans dem Verletzten sowohl wie seinen Genossen und unter Umständen Allen, die von der That genaue Kunde hatten, diese Tödtung.[188c]) Aber welche Sicherheit bestand, daß nicht ein Unschuldiger auf den Vorwand der Friedlosigkeit hin erschlagen werden konnte? Der Thäter mußte hinterher darthun, „daß er einen Mann erschlagen, der den Frieden verwirkt hatte,

---

Von Spätern nenne ich Marquardt in Beckers Handbuch der Röm. Alterth. IV S. 229 und Mommsen Röm. Gesch. Aufl. 4 Bd. 1 S. 178: „Nicht als wäre der also Verwünschte (sacer) vogelfrei gewesen; eine solche aller bürgerlichen Ordnung zuwiderlaufende Acht ist nur ausnahmsweise als Schärfung des religiösen Bannfluchs in Rom während des ständischen Hadern vorgekommen."

188b) Wilda a. a. O. S. 283 und S. 285.

188c) Wilda S. 307, 308. Auch das sächsische Landrecht verstattete gegen einen auf der That ergriffenen Missethäter das sog. Lynchgesetz, d. h. die Landleute durften sich als Gericht constituiren, das Urtheil fällen und es sofort executiren. Wilda S. 133, 294.

welches nun noch öffentlich anerkannt und der Todte sodann aus dem Frieden gekündigt wurde". [188d])

War, was Jahrhunderte lang im altgermanischen Recht bestand, im alten Rom minder möglich? [189]) Durfte der nächtliche Dieb sofort auf der That erschlagen werden, warum nicht der Sohn, der gegen den Vater seine Hand erhoben? Wozu noch erst ein Constatirungsverfahren — eine Erfindung, mit welcher Marquardt den römischen Kriminalprozeß beschenkt hat —, wenn die That vor aller Augen geschehen, der Tribun z. B. öffentlich mißhandelt worden war? Für eine solche Annahme bietet das ältere Recht auch nicht den dürftigsten Anhaltspunkt; wo die Thatsache klar und unzweifelhaft vorliegt, verlangt dasselbe keine weitere Procedur mehr (S. 123). Wo es sich um die bloße Constatirung zweifelhafter Thatsachen handelt, wählt das ältere Recht bekanntlich die Form der sponsio praejudicialis vor dem Einzelrichter — von einer andern Form wissen wir Nichts. Man denke sich nun diese Form in ihrer Anwendung auf den zuletzt genannten Fall, und füge noch die zweite Maßregel, die der genannte Schriftsteller für nöthig erachtet, nämlich die Consecration des Schuldigen durch den Pontifex Maximus hinzu, [189a]) um sich selber die Frage zu beantworten, ob auch der harmloseste und gläubigste Plebejer auf eine so verclausulirte, von einem patricischen Richter und patricischen Pontifex gehandhabte Unverletzlichkeit seiner Tribunen den ge-

---

188d) Wilda S. 308.

189) Um es selbst an einem Beispiel aus dem 19. Jahrhundert nicht fehlen zu lassen, so verweise ich auf das Gesetzbuch Daniel I von Montenegro, Wien 1855, das in §. 13 jeden Montenegriner ohne Unterschied ermächtigt: „einen solchen Vaterlandsverräther und Missethäter zu tödten, sobald er vernimmt, daß derselbe ein Verräther sei, und daß ihn unsere Landesbehörde verfolge."

189a) a. a. O. S. 229: „Dem Pontifex maximus, der die Tribunen in seinen Schutz nahm (indem er sie nämlich als eine unter den Schutz der Götter gestellte potestas in comitiis renunciirte) mußte auch die Aufrechterhaltung dieses Schutzes zukommen." Die Plebejer werden für das Zwingende dieses Schlusses schwerlich viel Verständniß gehabt haben.

ringsten Werth gelegt haben würde. Den Glauben an die Unpartheilichkeit ihrer Justiz hatten die Patricier den Plebejern gründlich verleidet! Wer hätte den Pontifex Maximus zwingen sollen, wenn er die Consecration des Schuldigen von einem Monat zum andern hinausschob? Und welche Hülfe hätte es gegen den Ausspruch des Richters gegeben, der mit bekannter patricischer Dreistigkeit die offenbare Thatsache für nicht bewiesen erklärte, oder, wenn es eine Volksversammlung zum Zweck der Constatirung solcher Facta gegeben haben soll, wer hätte den Magistrat zwingen sollen, sie zu berufen? Kurz, diese ganze Ansicht leidet in Bezug auf die leges sacratae an so handgreiflicher innerer Unmöglichkeit, daß die Plebejer hätten Kinder sein müssen, um sich mit einer solchen Unverletzlichkeit ihrer Tribunen abspeisen zu lassen. Gerade darauf, daß es keiner Weitläuftigkeit und keiner Mitwirkung der Patricier bedurfte, um Einen aus ihrer Mitte, der sich gegen die Grundrechte der Plebs vergangen, niederzuschlagen, gerade darauf beruhte der Werth der leges sacratae.[189b])

Fassen wir jetzt die positiven Zeugnisse für die eine und andere Ansicht ins Auge, so bezeugt Dio Cassius (53, 17) ausdrücklich, daß man den homo sacer ohne Urtheil und Recht (ἄκριτον) habe umbringen dürfen, während Dionysius (II 10) sich die Sache anders zu denken scheint.[190]) Den sichersten Anhaltspunkt

---

189b) Dies ist von Mommsen (Note 188a), wie nicht anders zu erwarten, auch richtig erkannt.

190) Das ἐξελεγχθείη kann die bloße Notorietät bedeuten, dagegen scheint das ἁλόντα auf ein rechtliches Verfahren hinzudeuten. Wie Marquardt die Stelle von Festus sub sacer mons, auf die er sich beruft: at homo sacer est is, quem populus judicavit ob maleficium, mit seiner Ansicht, welche eine eigentliche Urtheilsfällung von Seiten des Volks ausdrücklich ausschließt, vereinigen will, ist mir unklar. Diejenigen, welche das judicare hier im eigentlichen Sinn nehmen wollen, wie z. B. Danz, Der sakrale Schutz S. 51, scheinen nicht zu bedenken, daß sie damit schlechthin, also auch schon für die Königszeit, dem Volk die Strafgerichtsbarkeit beilegen. Mit meiner Ansicht, der zufolge die Sacertät in der That eine Art Lynchjustiz war, verträgt sich der Ausdruck populus judicavit

besitzen wir in der gesetzlichen Androhungsformel der Sacertät. In allen angeblichen oder wirklichen Gesetzen, welche die spätern Referenten uns mittheilen, lautet dieselbe auf unmittelbaren Eintritt der Sacertät in Folge des Verbrechens: si fecerit, sacer esto, oder leges eum, qui fecerit, sacrum esse jubent.[190a]) Der Jurist weiß, was dies sagen will, aber für den Philologen, der das Gewicht dieses auf die übereinstimmende Sprachweise der sämmtlichen römischen Gesetze und Juristen gebauten Arguments unterschätzen könnte, wird es nicht überflüssig sein, dasselbe durch ein schlagendes Beispiel ins richtige Licht zu setzen. Ich entnehme es der mit der Sacertät in gewissem Sinn so nahe verwandten Infamie. Das prätorische Edict knüpfte den Eintritt derselben theils an die bloße Begehung einer Handlung, theils an die gerichtliche Verurtheilung auf Grund derselben. Dort hieß es: qui fecerit, hier qui condemnatus, judicatus fuerit, infamia notatur, dort also trat sie ohne, hier erst in Folge des Richterspruchs ein. Ob die That wirklich vorgenommen, konnte in jenem Fall ebenso zweifelhaft sein wie bei der Sacertät, und es war möglich, daß die Frage Gegenstand richterlicher Untersuchung ward. Aber wenn der Richter die Frage bejahte, trat die Infamie so wenig wie die Sacertät erst mit dem Richterspruch ein, sondern letzterer erkannte nur an, was längst vorhanden gewesen war (daher „qui eo plebiscito sacer sit" Note 190a): m. a. W. derselbe hatte keine constitutive, sondern declarative Wirkung.

In einigen der leges sacratae war noch die Clausel hinzugefügt: si quis eum, qui eo plebiscito sacer sit, occiderit, par-

---

sehr wohl. So erklärt es sich, daß Festus populus statt comitia und judicare statt condemnare gebraucht.

190a) So in den angeblichen königlichen Gesetzen: 1. Serv. ad Virg. Aen. VI, 609 (patronus); 2. u. 3. Fest. plorare (nurus; puer); 4. Fest. aliuta; 5. Fest. termino. Ebenso in den leges sacratae der Republik, Fest. sacratae leges und sacer mons (qui eo plebiscito sacer sit). Liv. II, 33, III, 55 f. auch X, 38.

ricida ne sit,[190b]) oder qui creasset, eum jus fasque esset occidi neve ea caedes capitalis noxae haberetur,[190c]) eine unbegreifliche Clausel, wenn man annimmt, es habe das Volk noch erst in jedem einzelnen Fall den Schuldigen für vogelfrei erklärt, denn daß Jemand, der in Folge der darin liegenden Ermächtigung den Missethäter erschlagen hatte, nicht wegen Mordes processirt werden konnte, verstand sich doch wohl von selbst. Sinn hatte diese Formel nur unter der Voraussetzung, daß es Jedem frei stand, ohne Urtheil und Recht den Uebelthäter aus dem Wege zu räumen.

Aber wird man mir einwenden, welche furchtbare Gefahr ward damit über das Haupt eines Jeden heraufbeschworen, der in Verdacht kam, eine mit der Sacertät belegte Handlung verübt zu haben. Ich habe darauf schon oben (S. 282) in Bezug auf den Friedlosen des germanischen Rechts geantwortet. Um den Preis seines eignen Kopfes kann man auch heutzutage einen Andern umbringen, und diesen Preis setzte auch in Rom wie im germanischen Alterthum Jeder ein, der einen vermeintlichen homo sacer oder Friedlosen tödtete. Vermochte er in der gegen ihn darauf hin anhängig gemachten Anklage wegen Mordes den Beweis der Schuld des Erschlagenen nicht zu erbringen, so haftete er mit seinem eigenen Kopfe; erbrachte er ihn, so ging er frei aus. Nach der von mir bekämpften Ansicht hätte er auch in letzterem Fall verurtheilt und hingerichtet werden müssen, denn er hatte einen Menschen getödtet, der noch nicht homo sacer war. Dies Loos hätte z. B. auch den treffen müssen, der einen Vater gegen die Mißhandlungen seines Sohnes geschützt und letzteren dabei erschlagen hatte — eine Justiz, für die ein alter Römer schwerlich das erforderliche Verständniß gehabt haben würde.

Zu den bisherigen historischen Zeugnissen für die von mir vertretene Ansicht gesellt die römische Mythe in dem Brudermord des Romulus noch ein neues hinzu. Remus sprang im Hohn

---

190b) Fest. Lege prima tribunitia cavetur: si quis u. s. w.

190c) Lex Val. Hor. Liv. III, 55.

über die von seinem Bruder gezogene Mauer, und Romulus erschlug ihn auf der That. Warum? Gleich den Gränzen der Felder standen auch die der Stadt unter göttlichem Schutz;[191] wer sie verletzte, ward homo sacer, und indem die Sage[191a] den ersten homo sacer in Rom durch Bruderhand umkommen ließ, war ihre Meinung nicht die, einen Flecken zu werfen auf den Helden, der Rom gegründet hatte, sondern ihn umgekehrt dadurch zu verherrlichen, daß er selbst des eigenen Bruders nicht geschont habe, wo es galt, die göttliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Romulus, der den Bruder tödtet, ist das Seitenstück zu Brutus, der seine Kinder hinrichten läßt: das Recht geht in Rom vor Bruder- und Vaterliebe. Nach der entgegengesetzten Ansicht wäre Romulus ein Mörder gewesen, er hätte seinen Bruder, bevor er ihn erschlug, erst zum homo sacer erklären lassen müssen!

Eine ganz ähnliche Bewandniß wie mit der Sacertät hatte es mit der Verbannung. Auch sie war, obschon ein schweres Uebel, doch keine Strafe,[191b] sondern ein Mittel sich der Strafe zu entziehen, das die Römer dem Angeklagten bekanntlich bis zu seiner Verurtheilung offen ließen. Um die Gemeinde den Göttern gegenüber von jeder Verantwortlichkeit zu befreien, bedurfte es eines Beschlusses von ihrer Seite, wodurch sie sich von jeder Gemeinschaft mit dem Verbrecher lossagte. Dies war die aquae et

---

191) Das Nähere bei Schwegler Röm. Gesch. I S. 389. Note 15.

191a) Schwegler a. a. O. S. 438 rechnet nämlich mit Recht auch sie zu den aitiologischen Mythen. „Sie war, wie die Sage vom Raube der Sabinerinnen, eine mythische Begründung eines Bestehenden, nämlich des uralten Rechtsgrundsatzes, daß auf Verletzung der geweihten Stadtmauern der Tod stehe. Diese Satzung, die Heiligkeit der Stadtmauern und die Strafbarkeit ihrer Verletzung konnte nicht schärfer ausgesprochen und nachdrücklicher betont werden, als wenn erzählt wurde, der Gründer der Stadt habe ob solcher Verletzung seinen eigenen Bruder erschlagen, zum Wahrzeichen für alle Folgezeit."

191b) (212) Cic. pro Caec. c. 34. Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam subterfugere aut aliquam calamitatem, eo solum vertunt etc.

ignis interdictio. Dieselbe war keine bloß politische Verbannung, sondern sie hatte eine religiöse Beziehung, es bethätigte sich in ihr die Sorge für die Erhaltung der Reinheit der Gemeinschaft durch Säuberung derselben von unreinen Elementen. Denn Feuer [192]) und Wasser sind die Symbole der Reinheit, und bei keinem Akt, der eine religiöse Gemeinschaft darstellen oder begründen soll, z. B. dem Opfer, das Gott und Menschen einigt, der Eingehung der Ehe, eines Bündnisses u. s. w. dürfen sie fehlen. [192a]) Nicht also als zum Leben unentbehrliche Elemente, wie man gewöhnlich sagt, werden sie dem flüchtigen Verbrecher daheim verweigert, sondern mit ihnen als den Symbolen einer reinen Gemeinschaft, die der Verbrecher durch fernern Gebrauch verunreinigen würde, wird ihm die Theilnahme an der Gemeinschaft entzogen.

Indem wir nunmehr die Religion mit ihrer Einwirkung auf das Strafrecht verlassen, gedenken wir schließlich noch des mildernden Einflusses, mit dem sie bei mancherlei Anlässen der Strenge der Strafe entgegentrat. Die römischen Götter, mit der einen Hand die Beleidigungen rächend, die ihnen widerfahren, streckten schützend die andere über die Verfolgten und Schutzlosen aus. Es gab heilige Orte und Zeiten, an denen Verfolgung und Strafe ruhte. Vor dem Zorn des Hausherrn flohen die Untergebenen zum Hausaltar, vor der Rache des Verletzten der Schuldige zum Tempel oder zum Asyl. An die Idee des Asyls knüpft Roms Entstehung an, und obschon hier das Asyl als Mittel zu politischen Zwecken erscheint, so ist es doch die Religion, die dasselbe unantastbar macht. [193]) An den Lectisternien, wo Haß

192) (201) So erklärt sich das Zusammentreffen von πῦρ und Feuer mit purus, rein, exfir, Reinigungsmittel (Festus h. v.), februare reinigen.

192a) (202) S. Hartung Religion der Römer Thl. 1 S. 198 flg. Pellegrino Andeutung über den ursprünglichen Religionsunterschied der Patricier und Plebejer S. 27 flg. Serv. ad Virg. Aen. IV, 103: aqua et igne adhibitis u. XII, 110: Sane ad facienda foedera aqua et ignis adhibentur. Festus sub voc. facem u. aqua.

193) (213) Hartung Relig. der Römer B. 2 S. 57.

und Zank ruhte, nahm man den Gefangenen die Fesseln ab und hielt es für eine Gewissenssache, sie nachher wieder anzulegen.[193a]) An den Saturnalien, dem Feste des Gottes, der Segen und Wohlleben spendete, ließ man auch Sklaven und Verbrecher an der allgemeinen Freude Theil nehmen. Jene kosteten vorübergehend das Glück der Freiheit, diese entließ man dauernd ihren Ketten, die sie dem Gotte zu bringen pflegten, der sie davon befreit hatte.[193b]) Wenn der Priester des Jupiter (flamen dialis) ein Haus betrat, in dem sich ein Gefesselter befand, so gebot das Fas, ihm seine Banden abzunehmen und sie über das Dach aus dem Hause zu schaffen. Wenn Jemand, der zur Geißelung abgeführt ward, ihm begegnete und ihm zu Füßen fiel, so mußte die Execution aufgeschoben werden.[194]) So durchbrach die Religion gewiß noch in manchen Fällen die strenge Ordnung des Rechts und des bürgerlichen Lebens, und auch in die kalte römische Rechtswelt fällt zurückgestrahlt von dem Bilde der Götter der warme Sonnenblick eines menschlichen Gefühls.

Das Privatrecht und der Civilprozeß, dem wir uns nunmehr zuwenden, war seiner Natur nach den Einwirkungen der Religion ungleich weniger zugänglich als das öffentliche und das Strafrecht. Denn abgesehen von der Familie tragen die Verhältnisse des Privatrechts einen durchaus prosaischen und profanen Charakter an sich. Die Fragen von Mein und Dein, von Eigenthum und Schuldforderungen haben mit den Göttern an sich Nichts zu schaffen, und nur mittelbar, soweit auf dem Vermögen die Last der sacra ruhte, übte das religiöse Interesse auf das Vermögens-

---

193a) (214) Liv. V, 13 .... jurgiis ac litibus temperatum; vinctis quoque demta in eos dies vincula; religioni deinde fuisse, quibus eam opem Dii tulissent, vinciri.

193b) (215) Hartung a. a. O. II. S. 125. 126.

194) (216) Gell. X, 15.

recht eine Rückwirkung aus.[194a]) Durch den Eid konnten allerdings auch diese Verhältnisse eine religiöse Beziehung erhalten und dadurch an das geistliche Gericht gebracht werden (§. 18[a]).

So verbleibt uns also im Wesentlichen nur die Familie und das Haus. Das religiöse Leben im Innern des Hauses zu schildern, wie es sich in der Sitte und den Vorschriften der Religion gemäß gestaltete, gehört nicht zu unserer Aufgabe. Wir verzichten darauf zu zeigen, wie der Gedanke an die Götter das ganze Leben der Familie in älterer Zeit durchdrang, wie das Haus sich zu einem Sitz der Hausgötter, der Heerd sich zu einem Altar gestaltete, wie Gebet, Danksagung, Opfer, Gelübde, Reinigung, Auspicien bei allen wichtigen Vorfällen des häuslichen und wirthschaftlichen Lebens, bei Geburt und Tod, Krankheit und Genesung, Aernte und Aussaat den Hausvater und die Seinigen in unausgesetzter Verbindung mit den Göttern erhielt. Das fällt der römischen Sitte, nicht dem Recht anheim.

Dem Recht dagegen gehört an, also rechtlicher Art ist der Hausfriede, die durch das Fas gesicherte Unverletzlichkeit des römischen Hauses (II § 32 a. A.) und die Begründung und Auflösung des Hausstandes. Wenn in ältester Zeit der Mann die Frau heimführte, so war die Beobachtung der dabei üblichen Gebräuche nicht bloß wie später Sache der Sitte, sondern Sache des Rechts. Es ist dies die älteste sacrale Form der Eingehung der Ehe: die confarreatio. Der Pontifex maximus und der Flamen dialis müssen zugegen sein, und der Bund muß durch ein feierliches Opfer besiegelt werden. Die Aufgabe des selbständigen Hauswesens durch Eintritt in eine fremde Familie (arrogatio) erforderte die Mitwirkung des Pontificalcollegiums, dagegen war die bloße Adoption eines fremden Kindes, soviel wir wissen, ein rein weltlicher Akt; der Hausgottesdienst (die sacra), der auf den

194[a]) Des Verhältnisses des Patrons zum Clienten und des Gränzfriedens ist schon bei Gelegenheit des homo sacer gedacht. Außerdem wäre etwa noch die legis act. per pignoris capionem für Forderungen von religiöser Beziehung (Gaj. IV, 28) zu nennen.

Schultern des Hausvaters, nicht des Hauskindes ruhte, ward dadurch nicht beeinträchtigt. Auch der Tod des Hausvaters und die dadurch hervorgerufene Störung der bisherigen religiöſen Gemeinſchaft gab derſelben Behörde wiederum Anlaß, das Erforderliche vorzukehren. Die Doctrin des jus pontificium hatte, was dabei zu geſchehen, und wie die sacra zu reguliren ſeien, in feſte Satzungen gebracht, und aus dieſem Grunde wurde das Colleg auch bei der Errichtung des Teſtaments (in comitiis calatis) zugezogen, um das religiöſe Intereſſe gleich von vornherein zu wahren. Auch die Beerdigung, zunächſt Gegenſtand der religiöſen Sitte, konnte zu Rechtsfragen führen (actio funeraria, S. 294).

Eine einflußreiche Rückwirkung auf die Verhältniſſe des Privatrechts und zugleich auf den Civilprozeß übte die durch das Fas geheiligte Ordnung der Zeit und der conſequenter Weiſe der Obhut der Pontifices anvertraute Kalender aus.[194b]) Die Sonntagsordnung, wenn ich dieſen modernen Ausdruck gebrauchen darf, d. h. die Fixirung deſſen was man an Feſttagen thun dürfe und zu unterlaſſen habe, iſt vielleicht nirgends ſo minutiös ausgebildet und ſtreng gehandhabt worden als im alten Rom. Doch dies bringt uns bereits auf die Pontifices.

Die vorſtehende Schilderung, welche die unmittelbaren Einwirkungen der Religion zum Gegenſtande hatte, bedarf nämlich in Bezug auf das Privatrecht und den Prozeß noch inſofern einer weſentlichen Ergänzung, als ſie auch des Einfluſſes gedenken muß, den die geiſtliche Behörde der Pontifices auf beide ausgeübt hat. Er erſtreckte ſich ungleich weiter als die Religion.

194b) Ueber eine andere angebliche Einwirkung der Religion auf den ältern Prozeß ſ. II S. 675 fl.

Das Pontificalcollegium — seine Competenz bei Fragen des Fas — Ausdehnung seiner Thätigkeit — Freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit — die legis actio sacramento = die Prozeßform des geistlichen Gerichts.

> Omnium tamen harum legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.
>
> Pomponius, l. c §. 6 de O. J. (1. 2).

XVIII[a]. Drei geistliche Behörden kennt das römische Alterthum, deren Einsetzung auf Romulus, Numa und Ancus Martius d. h. auf die Urzeit zurückgeführt wird: das Collegium der Augurn, der Pontifices und der Fetialen. Den weltlichen Beamten verblieben zwar stets die unentbehrlichen religiösen Functionen ihres Amtes, wie z. B. die Auspicien und Opfer, aber Zweifel, Streitfälle, Verstöße gegen die religiöse Ordnung u. s. w. fielen ausschließlich der Cognition jener geistlichen Beamten anheim.[195]) Ihre ursprüngliche Function mag immerhin mehr begutachtender Natur gewesen sein, aber wie so oft gewann auch hier das Gutachten bald die Autorität des Richterspruches. Nur das Pontificalcollegium hat für unsere Zwecke ein näheres Interesse, und wir wollen versuchen, im Folgenden ein Bild seiner Wirksamkeit und seiner Stellung zum Rechtsleben zu entwerfen.[195a]) Wir dürfen dasselbe als ein geistliches Gericht bezeichnen und brauchen, wenn wir mit dieser Bezeichnung an die geistlichen Gerichte

---

195) (165) Hinsichtlich der pontifices ist dies zur Genüge bekannt, hinsichtlich der Fetialen darf ich auf jede Schrift verweisen, in der sie berührt werden, z. B. Rubino, Untersuchungen über römische Verf. S. 170 flg. (in der solennen Formel bei Livius I, 32 wird ausdrücklich auf das Fas Beziehung genommen: audiat fas), von den Augurn erwähnen die Quellen manche Aussprüche über das Fas z. B. den berühmten des Attus Navius (Livius I, 36) u. andere (Rubino S. 219. 220).

195[a]) Von Seiten der Technik aus komme ich später (II § 42) auf die Pontifices zurück. Hier ist es uns nur um den extensiven Umfang ihrer Wirksamkeit zu thun.

des Mittelalters erinnern, eine nähere Vergleichung beider keineswegs zu ſcheuen. Es iſt in der That eine überraſchende Erſcheinung, daß faſt dieſelben civiliſtiſchen Lehren, an denen im Mittelalter der summus Pontifex des modernen Roms ſich verſuchte, und deren Anwendung den geiſtlichen Gerichten zufiel, bereits vor mehr als einem Jahrtauſend der Pflege des altrömiſchen Pontifex maximus anvertraut waren,[195b]) und nachdem ſie in der Praxis des Pontificalcollegiums, beziehungsweiſe der geiſtlichen Gerichte, ihre Ausbildung gefunden hatten, mit dem Prozeß ſelbſt in die weltlichen Gerichte ihrer Zeit übergingen. Das Fas des alten Rom iſt das jus canonicum des ſpätern; zu beiden Zeiten gab es das jus utrumque, in dem ſowohl geiſtliche wie weltliche Richter bewandert ſein mußten. Zu dem jus pontificium, qua ex parte cum jure civili conjunctum esset (Cic. Brut. c. 42) gehörte, wie Rubino[196]) bemerkt hat, namentlich das Familienrecht, und es finden ſich noch in den Pandekten Spuren der Pontificaljurisprudenz. „Ob eine Ehe gültig vollzogen, um Rubino ſelbſt reden zu laſſen, ob ein Eheverbot überſchritten ſei, ob rechtmäßige Vaterſchaft und Verwandtſchaft beſtanden habe, war ebenſo ſehr von Einfluß auf die Verpflichtung zur Trauer, zur Vollziehung der Sacra, zur Expiation des Inceſtes, als auf bürgerliche Verhältniſſe. Aehnliches mußte auch im Sachenrecht z. B. bei Eigenthumsfragen, ſo oft es ſich um die Unterſcheidung heiliger Orte von Privatgrundſtücken handelte, insbeſondere aber bei Erbſchaften wegen der damit verbundenen Sacra und in vielen andern Fällen vorkommen. Hieraus mußte die Wechſelwirkung entſtehen

195b) (166) Es waren dies namentlich die Lehren von der Ehe, den Verwandtſchaftsgraden als Ehehinderniſſen, dem Trauerjahr, dem Eide, dem Votum, den Teſtamenten. Auch die Sorge für den Kalender findet ſich bei beiden.

196) (167) Rubino a. a. O. S. 218 hat meines Wiſſens zuerſt den Zuſammenhang des jus civile mit dem jus pontificium in Anregung gebracht und an einzelnen Punkten nachgewieſen. Hüllmanns „Jus pontificium der Römer" hat den Gegenſtand nach der Seite, nach der er uns hier intereſſirt, wenig gefördert.

daß die an dem einen Ort angenommenen Regeln an dem andern nicht unbeachtet bleiben konnten; es läßt sich jedoch voraussetzen, daß sich hierbei in ältern Zeiten das Uebergewicht auf die Seite der Priester, schon wegen ihrer umfassenden Gelehrsamkeit, neigte."

Aber der Einfluß der Pontifices auf das Civilrecht war doch wohl ein noch unmittelbarerer, als hier angenommen ist; es gab wahrscheinlich Klagen und Ansprüche, die wie im Mittelalter ursprünglich nur bei dem geistlichen Gericht erhoben werden konnten,[197]) andere, die wenn auch beim weltlichen Gericht anzubringen, doch erst eine Entscheidung des Pontificalcollegiums über eine Präjudicialfrage des Fas voraussetzten. Außer den bereits von Rubino und in der Note hervorgehobenen Beispielen nenne ich als solche Lehren, die dem geistlichen Recht ihre Ausbildung verdankten, namentlich die Lehre von der Zeit,[198]) der pignoris capio,[199]) von dem votum,[200]) die Römer selbst nennen auch die usucapio pro herede. Bei einigen Rechtsgeschäften wie

---

197) (168) Dies möchte ich z. B. annehmen hinsichtlich der Ansprüche, die sich auf ein Begräbniß bezogen, also namentlich hinsichtlich der actio funeraria (nachher ins Edict des Prätors übertragen, ihrer ganzen Structur nach aber unverkennbar nicht unter dem Einfluß civilistischer Ideen entstanden), hinsichtlich der legis actio sacramento s. u. Noch zu Papinians Zeit konnte der Erbe zur Erfüllung der vom Testator in seinem Testament ihm zur Pflicht gemachten Errichtung eines Monuments durch das Pontificalcollegium gezwungen werden, l. 50 §. 1 de her. pet. (5. 3) ... tamen Principali vel Pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. — Daß die jura sepulchrorum dem indignus, dem die Erbschaft entzogen ward (l. 33 de relig. 11. 7) und dem suus heres, der sich abstinirte (l. 6 ibid.), verblieben, war gegen die Consequenz des Civilrechts, und ich möchte diesen Satz dem Einfluß des geistlichen Rechts zuschreiben.

198) (169) Vor allem die computatio civilis, über deren Anwendung auf die Begründung der manus durch usus ein Ausspruch des Pontifex Quint. Mucius von Gellius III, 2 mitgetheilt wird, den Schalttag u. s. w.

199) (170) Insoweit sie eine Beziehung auf das geistliche Recht hatte. Die XII Tafeln erkannten sie in dieser Richtung an. Gajus IV § 28.

200) (171) Wenn Beamte oder das Volk ein Votum ablegten, so pflegte der Pontifex maximus die Formel vorzusagen, Liv. XXXI, 9. XXXVI, 2.

der Eingehung der Ehe durch confarreatio, der arrogatio und dem testamentum in comitiis calatis fand wie bereits bemerkt (§. 18) eine Zuziehung des Pontifex maximus oder des ganzen Collegium Statt, und damit war der geiſtlichen Jurisprudenz die Gelegenheit gegeben auf die Theorie dieſer Rechtsgeſchäfte zu influiren.[201] Auch auf die Ausbildung des Kriminalrechts muß ſie eingewirkt haben, denn aus den Pontificalbüchern wußte die ſpätere Zeit, daß unter den Königen von den Straferkenntniſſen derſelben eine Provocation ans Volk Statt gefunden, und ohne praktiſche Veranlaſſung hätten jene Bücher dieſe Notiz nicht aufgenommen. Das Pontificalcollegium muß alſo in einer uns unbekannten Weiſe bei der Provocation zugezogen worden ſein, und der religiöſe Charakter des älteſten Strafrechts macht es wahrſcheinlich, daß dieſe Mitwirkung nicht bloß auf den Fall der Provocation beſchränkt war. Ob die ſelbſtändige Strafgewalt der Pontifices ſich auf die von geiſtlichen Perſonen begangenen Verbrechen gegen die Religion beſchränkte, iſt ſtreitig.[202] Wenn der Verführer einer veſtaliſchen Jungfrau von ihnen mit dem Tode beſtraft wird,[203] ſo macht ſchon dies eine Beiſpiel eine weitere Ausdehnung ihrer Strafgewalt gewiß.

Nach dem übereinſtimmenden Bericht ſpäterer Referenten[204] hat ſich aber der Einfluß der Pontifices in alter Zeit keineswegs auf den ſo eben genannten Kreis von Materien beſchränkt, er ſoll

XLI, 21. Valerius Maximus VIII, 13, 2 rühmt es dem Metellus nach, daß er senex admodum pont. max. creatus tutelam caeremoniarum per duos et viginti annos neque ore in votis nuncupandis haesitante . . . gessit. ſ. Brissonius de vocibus ac formul. I cap. 128.

201) (172) Mit Recht hebt Rubino S. 213 hervor, daß es ſich hierbei nicht bloß oder auch nur vorzugsweiſe um die sacra gehandelt habe.

202) (173) Geib Geſchichte des röm. Kriminalprozeſſes S. 74 u. flg. vertheidigt im Widerſpruch mit der gangbaren Anſicht die Beſchränkung auf den im Text bezeichneten ſehr engen Kreis.

203) (174) Livius XXII, 5, 7.

204) (175) z. B. Pomponius in l. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2) Valer. Max. II, 5 §. 2. Auch Livius IX, 46 ſpricht von einem jus civile repositum in penetralibus pontificum.

sich vielmehr über das ganze Recht und den Civilprozeß erstreckt haben. Die Kunst, die Gesetze zu interpretiren, und das Depot für die Legisactionen-Formulare, berichtet der Eine, habe sich im ersten Jahrhundert der Republik ausschließlich bei dem Pontificalcollegium befunden, und es sei alljährlich ein Mitglied desselben für diesen Zweig der Amtsthätigkeit deputirt worden. Ein Anderer meldet, daß das Civilrecht viele Jahrhunderte hindurch in den Banden der Religion gelegen habe und ausschließlich den Pontifices bekannt gewesen sei, und diese letztere Nachricht nimmt anderwärts sogar die Gestalt an, daß die Pontifices absichtlich ein Geheimniß aus dem Recht gemacht hätten. Wenn unsere heutige Kritik dieser Nachricht keinen Glauben schenken will, so ist sie gewiß insoweit in ihrem Recht, als sie es für undenkbar erklärt, daß das Recht aus einem Gemeingut des Volks eine Geheimlehre der Pontifices hätte werden sollen. Andererseits aber geht sie zu weit, wenn sie jene Nachricht bloß darauf reduciren will, daß die Formulare für rechtliche Geschäfte vorzugsweise bei den Pontifices aufbewahrt gewesen seien.[204a]) So viel ist in meinen Augen unter allen Umständen klar: die Pontifices müssen in alter Zeit einen ganz entscheidenden Einfluß auf das Civilrecht und den Prozeß ausgeübt haben, — wie hätte sich sonst jene Sage bilden können? — und sie müssen, um dies zu können, in einer praktischen Beziehung zum Rechtsverkehr und zur Rechtspflege gestanden haben — denn es wäre in der Geschichte unerhört, daß eine Behörde, die praktisch mit einem Verhältniß Nichts zu schaffen hat, die dafür maßgebenden Grundsätze und Formen hätte ausbilden sollen und sie bei der dafür eingesetzten Behörde zur Geltung hätte bringen können.[205]) Es kommt darauf an, Anknüpfungspunkte für die praktische Thätigkeit der Pontifices zu suchen, zu erklären, wie dieselben, ohne von Staatswegen mit der Handhabung des

204a) (176) Rubino a. a. O. S. 225.

205) Die Leviten beim Volk Israel und der Gesetzsprecher in Island (Dahlmann Gesch. von Dännemark II S. 192, K. Maurer in der Münchner Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 62) machen davon keine Ausnahme.

Rechts betraut gewesen zu sein, dennoch auf dem Wege freiwilliger Heranziehung zu derselben jenen hervorragenden Antheil gewinnen konnten.

Das römische Leben kannte drei Formen, in denen jeder Rechtskundige seine Kenntnisse und Geschicklichkeit zum Nutzen des Publikums verwenden konnte: das Amt eines Concipienten und Schreibers rechtlicher Urkunden (das „cavere und scribere"), das eines Consulenten („respondere") und eines Schiedsrichters (receptum arbitri). Daß die Pontifices für das erste Amt in ältester Zeit wie wenig andere geeignet waren, bedarf nicht der Bemerkung. Leute der Feder und des Worts, gezwungen und gewohnt, die mancherlei Urkunden und Formulare, zu deren Entwerfung ihr geistlicher Beruf ihnen die unmittelbare Veranlassung bot, mit aller Sorgsamkeit und Umsicht aufzusetzen, vertraut mit den Grundsätzen des geistlichen Rechts, die in so manche bürgerliche Rechtsgeschäfte einschlugen, waren sie für das alte Rom dasselbe, was die Geistlichen auf gleichen Culturstufen überall gewesen sind: die gebornen Schreibmeister und Notare der Nation. Mit der Entwerfung und Abfassung solcher rechtlichen Urkunden im einzelnen Fall geht aber die Ausarbeitung und Sammlung stehender Formulare im Interesse der Erleichterung der Arbeit Hand in Hand, und wenn man weiß, welch' tiefeingreifenden Einfluß auf die formelle und materielle Gestaltung des römischen Rechts diese Sammlungen ausgeübt haben (II § 36), so wird man nicht daran zweifeln, daß diese notarielle Praxis, wenn wir sie so nennen wollen, den Pontifices eine reiche Quelle der Einwirkung auf das Civilrecht öffnen mußte, wie denn in der That letzteres überall die Hand der Pontifices verräth (II § 42).

An diese erste Thätigkeit schlossen sich naturgemäß die beiden andern an. Wer wäre bei einem Streit über den Sinn einer Urkunde geeigneter gewesen, den gewünschten Aufschluß zu ertheilen als die Person, welche sie entworfen hatte? Das respondere war in vielen Fällen nichts als eine Erläuterung oder Ergänzung des scribere. Und selbst ganz unabhängig davon: wie viele Fragen

und Verhältniſſe gab es, bei denen wegen ihrer mittelbaren Beziehung zum geiſtlichen Recht nur die Pontifices eine zutreffende Entſcheidung abgeben konnten. Nun braucht man ſich dieſelben Fragen und Verhältniſſe nur als Gegenſtand eines Rechtsſtreites zu denken und ſich der urſprünglichen Stellung und Aufgabe des Richters als einer von beiden Partheien um ſeine rechtliche Anſicht angegangenen Vertrauensperſon zu erinnern (S. 168), um gewiß zu ſein, daß die Partheien in vielen Fällen nichts beſſeres thun konnten als einen Pontifex zum Schiedsrichter zu wählen. Die dienſtliche Stellung deſſelben brachte es mit ſich, daß er die Erlaubniß ſeines Vorgeſetzten oder des Collegiums einholen mußte, denn die Ueberhäufung mit ſolchen Aufträgen konnte dem Dienſt nachtheilig werden. Andererſeits aber lag es keineswegs im Intereſſe des Collegiums, ſolche Aufträge zurückzuweiſen; dieſelben boten ein ganz werthvolles Mittel, den Einfluß und das Anſehen deſſelben zu erhöhen, und ließen ſich zugleich als Geldquelle für den kirchlichen Fond benutzen. Es war nicht mehr als billig, daß die Götter für die Zeit, die den Pontifex ihrem Dienſt entzog und den ſtreitenden Theilen widmete, entſchädigt wurden. Dies geſchah durch das von der unterliegenden Parthei zu entrichtende sacramentum; der Sicherheit wegen mußte es von beiden Partheien vor Beginn des Prozeſſes beim pons sublicius deponirt werden;[206]) der ſiegende Theil erhielt das ſeinige zurück. Ein Mitglied des Colleges ward alljährlich für dieſen Zweig der Geſchäftsthätigkeit committirt.[207])

So hatte alſo das Pontificalcollegium das obige Verhältniß aus einer bloßen Privatſache des einzelnen Pontifex zu der ihrigen gemacht und das Schiedsrichteramt in den Organismus ſeiner

206) Es war dies der Ort, von dem die Römer ſelber den Namen der pontifices ableiten, Varro de L. L. V, § 83; ob mit Recht oder Unrecht, iſt gleichgültig, die Beziehung des sacramentum zu den pontifices iſt dadurch jedenfalls conſtatirt. Ueber die Verwendung deſſelben zu religiöſen Zwecken ſ. Fest. sub sacramentum.

207) Pomponius in l. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis.

Berufsthätigkeit aufgenommen. Damit ergab sich von selbst die Nothwendigkeit, gewisse Grundsätze und Formen des Verfahrens aufzustellen, und es ist uns ausdrücklich bezeugt, daß das Depot der Formulare des ältesten Prozesses bei dieser Behörde gewesen sei,[207a]) die legis actiones werden unter den monumenta pontificum aufgeführt.[208]) Der älteste römische Prozeß war das Werk der pontifices, oder genauer, er war nichts als der Prozeß am geistlichen Schiedsgericht. Denn als ein Gericht oder einen Gerichtshof dürfen wir dasselbe bezeichnen. Besaß dieser Gerichtshof auch keinen Gerichtsbann, so war er doch eine dauernde, speciell für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten eingerichtete Behörde, und es brauchen wohl nicht erst die vielen günstigen Umstände, die sich bei ihm vereinigten, namhaft gemacht zu werden, um es begreiflich erscheinen zu lassen, daß er thatsächlich ganz die Stellung eines vom Staat eingesetzten Gerichts einnahm.

Aber mit dieser bloß thatsächlichen Stellung desselben war es auch gegeben, daß er dieselbe, wie er sie gewonnen, so auch wiederum verlieren konnte, ohne daß es dazu eines Akts der gesetzgebenden Gewalt bedurft hätte. Der dominirende Einfluß der Geistlichkeit außerhalb der kirchlichen und religiösen Sphäre, so berechtigt er für eine gewisse Culturstufe ist, geht doch mit letzterer selber vorüber, und auch den Pontifices blieb diese Erfahrung nicht erspart. Die legis actio sacramento in der Gestalt, wie Gajus sie schildert, spielt nicht mehr vor dem geistlichen Gericht, sondern vor dem Prätor. Letzterer läßt sich Bürgen für das sacramentum bestellen, das sacramentum selber aber fällt an das Aerar.[208a]) Denkt man sich diese legis actio, wie es gewöhnlich geschieht, als die ursprüngliche Prozeßform des weltlichen Gerichts, so ist eben so schwer zu begreifen, warum man nicht von Anfang an das sacramentum an das Aerar gewiesen habe, als

207a) l. 2 § 6 cit.

208) Val. Prob. de notis antiq. §. 1 u. 4. Cic. de orat. I, 43.

208a) Gaj. IV, 16 . . in publicum cedebat; davon, daß es früher anders gewesen sei, weiß er Nichts.

wie man, wenn verfassungsgemäß diese Einnahme den Göttern überwiesen war, sie ihnen späterhin wieder entziehen durfte. Das wäre ein Raub an dem gewesen, was den Göttern gebührte. Faßt man die Sache dagegen in der von mir entwickelten Weise auf, so erklärt sich beides in befriedigendster Weise. Die Prozeßkosten gebührten dem geistlichen Fond, wenn und solange ein geistlicher, dem weltlichen Fond, sobald ein weltlicher Richter die Entscheidung abgab. Mit demselben Recht, mit dem die Partheien früher besonders gern auf den geistlichen Richter compromittirt hatten, konnten sie, sobald sie es vorzogen, einen weltlichen Richter wählen. Der Umschwung, der in dieser Richtung eintrat, war rein Sache der Sitte, dem geistlichen Gericht ward damit rechtlich Nichts entzogen. Daß man das Verfahren, welches sich bei ihm ausgebildet und bewährt hatte, nebst den betreffenden Formularen und Grundsätzen mit hinüber nahm, und daß man der legis actio sacramento ihren alten Namen beließ, obschon er jetzt nicht mehr paßte, entspricht ganz der römischen Weise.

Die im Bisherigen vorgetragene Ansicht stimmt mit der von mir in der ersten Auflage entwickelten darin überein, daß sie die Entstehung des ältesten römischen Prozesses auf die Pontifices zurückführt und in der legis actio sacramento das Prozeßverfahren vor dem geistlichen Gericht erblickt, und von der Richtigkeit dieser Ansicht bin ich immer noch in dem Maße überzeugt, daß ich nicht begreife, wie man ohne sie die überall hervortretende Beziehung des ältesten Verfahrens auf die Pontifices erklären will. Die Frage dagegen: wie konnten die Pontifices in den Besitz der Civilrechtspflege gelangen, habe ich früher in anderer Weise beantwortet. Während ich vorhin auf sie die Antwort ertheilt habe: durch freiwilliges Compromiß der Partheien, habe ich in der ersten Auflage den Eid zur Erklärung herangezogen. Aus allen eidlich bekräftigten Verträgen, meinte ich, sei

die Klage wie im Mittelalter an das geistliche Gericht gegangen, und da die Partheien es in der Hand hatten, auch bei einem nicht von vornherein eidlich bekräftigten Verhältniß einen Eid hinzuzufügen, so hätten sie damit jeder Zeit die Competenz des geistlichen Gerichts begründen können. Gegen die innere Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht wird, wer die Entwicklung der geistlichen Gerichtsbarkeit im Mittelalter[208b]) kennt und die ausgedehnte Anwendung, welche der Eid bei den übrigen indogermanischen Völkern im Prozeß gefunden hat,[209]) in Anschlag bringt, schwerlich großen Widerspruch erheben. Dagegen ist die äußere Begründung, die ich meiner Ansicht zu geben versucht habe, um so mehr bemängelt worden, und auch der Aufwand von Gelehrsamkeit und Scharfsinn, den Danz später gemacht hat, sie weiter auszuführen und zu vertheidigen,[209a]) hat von einzelnen Zustimmenden abgesehen[209b]) ihr

---

208b) Auch in England; s. Gundermann Engl. Civilr. I S. 105: „Endlich entschieden die kirchlichen Gerichte seit der Zeit des Königs Stephan auch über Vertragsbrüche pro laesione fidei, weil hierin ein Verstoß gegen das Gewissen, also ein geistliches Vergehen gesehen wurde.

209) Außer den Consacramentalen des deutschen Rechts verweise ich mit Danz, Jahrb. des gemeinen Rechts V S. 89 fl., auf den attischen Prozeß, wozu noch Kreta hinzuzufügen ist, wo nach Plato leg. XII, 4 Rhadamanthus angeordnet haben soll, daß alle Prozesse durch Eid zu entscheiden seien.

209a) Danz Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, Jena 1857. S. 181 fl. Wenn er in der in der vorigen Note citirten Abhandl. S. 88 von einer wesentlichen Abweichung unserer beiderseitigen Ansichten spricht, so scheint dies auf einem Mißverständniß zu beruhen. Auch ich habe die legis act. sacram. ausschließlich auf den Eid gestützt und auf S. 266 der ersten Aufl. ausdrücklich den Weg angegeben, wie diese Voraussetzung der Klage sich bei jedem Verhältniß begründen ließ, auch ich habe S. 265 das sacramentum im Sinn des Succumbenzgeldes ausdrücklich als „Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit" bezeichnet. Der einzige Punkt, worin wir abweichen, besteht darin, daß Danz beide Partheien schwören läßt. Der Gedanke eines Zusammenhanges der leg. act. sacramento mit dem Eide ist zuerst (1852) von mir ausgesprochen.

209b) Leist Civil. Studien III S. 261. Huschke hat sogar in seiner Jurispr. Antej. bei Gajus IV, 13 die Worte falsi jurisjurandi nomine in den Text aufgenommen (!), wobei er aber Danz statt meiner als den Urheber dieser Idee nennt — das eine wie das andere in gleicher Weise willkürlich und tadelnswerth.

die allgemeine Meinung nicht zu gewinnen vermocht.[209c]) Auch ich selbst bin inzwischen sehr zweifelhaft geworden. Der Zweck meines Buchs schließt eine eingehende Prüfung des Für und Wider aus. Andererseits aber halte ich mich bei einer Idee, die zuerst von mir ausgesprochen und auf die von Andern vielfach Bezug genommen ist, nicht für berechtigt die betreffende Parthie der ersten Auflage (S. 263—268) einfach wegzulassen, und ich lasse sie daher im Folgenden unverändert abdrucken.[210])

Es kommt darauf an, einen Gesichtspunkt aufzufinden, der die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit auf profane Geschäfte motivirt, d. h. ein Mittel, eine Form anzugeben, wodurch diesen Geschäften eine religiöse Beziehung verliehen und damit die Competenz des geistlichen Gerichts begründet werden konnte. Als ein solches Mittel stellt sich der promissorische Eid dar; jedem Versprechen, jedem Rechtsgeschäft kann er als Bestärkungsmittel hinzugefügt werden, und die tägliche Erfahrung lehrt uns den Gebrauch dieses Mittels. Der Verkehr pflegt namentlich dann und da zu demselben zu greifen, wo er sich durch das Recht in seiner freien Bewegung gehemmt sieht.[210a]) Geschäfte, für die keine rechtlich bindende Form existirt, oder welche materiellen Beschränkungen unterliegen, die dem Verkehr lästig sind, flüchten sich vom Boden des Rechts auf den der Religion, und der Eid erweist

---

209c) S. dagegen Girtanner Die Stipulation, Kiel 1859. S. 1—80. De Geer in Nieuwe Bijdragen VIII, IX (1858, 1859) S. 675 fl. Rudorff Röm. Rechts-G. II S. 81. Bethmann-Hollweg Der römische Civilprozeß I S. 121. Stillschweigend verworfen von Keller Röm. Civilpr. §. 13. Walter Röm. R.-G. II §. 704.

210) Die Zusätze sind mit [ ] bezeichnet.

210a) (177) So im Mittelalter beim Eindringen des römischen Rechts gegenüber manchen Bestimmungen desselben, die mit den bisherigen Sitten und Ideen in Widerspruch traten z. B. der Unzulässigkeit der Erbverzichte. Ebenso gegenüber dem verkehrswidrigen Verbot der Zinsen durch das kanonische Recht.

ſich trotz des mangelnden äußern Zwanges in der Regel als ein ebenſo wirkſames Bindemittel als das Recht. Den Römern war von altersher die Anwendung dieſes Mittels ſehr geläufig.[210b]) Die Beamten leiſteten den Eid auf die Geſetze, die Soldaten bei der Aushebung den Dienſteid (sacramentum), dann den Lagereid,[210c]) und unter einander, urſprünglich freiwillig, ſpäter nach Vorſchrift, den Eid, nicht die Flucht zu ergreifen, ihre Reihen nur aus gewiſſen Gründen zu verlaſſen[210d]) u. ſ. w. Die Benutzung des promiſſoriſchen Eides für den Rechtsverkehr wird uns von Dionys ausdrücklich bezeugt,[211]) und manche theils bereits benutzte, theils überſehene Argumente bekräftigen ſein Zeugniß. Daß sponsio, das ſolenne Verſprechen, ethmologiſch auf ein religiöſes Bindemittel hinweiſt, iſt ſchon von den Römern bemerkt.[211a]) Daß dies Bindemittel der Eid geweſen, ſagt Feſtus, indem er

---

210b) (178) Auch der aſſertoriſche Eid als Mittel zur Entſcheidung von Rechtsſtreitigkeiten war bei ihnen ſowohl in als außer dem Prozeß im ausgedehnteſten Gebrauch. Die Cenſusangaben erfolgten eidlich, Liv. XLIII, 14. commune omnium civium jusjurandum; Gellius IV, 20: de uxoribus solemne jusjurandum. Huſchke Verf. des Serv. Tullius. S. 574. [Liv. VI, 22 jurare parato in verba excusandae valetudinis. Cato de re rust. c. 144 Factores qui oleum fecerint omnes juranto .. sese de fundo neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam surripuisse.]

210c) (179) Gellius XVI, 4.

210d) (180) Rupertis Handbuch der römiſchen Alterthümer. Theil 2. S. 883. [Liv. II, 45.]

211) (181) Dionys. I, 40. [Mommſen Röm. Forſchungen I S. 357. Aufl. 2: die Nachricht ſei zu beſchränken auf klagloſe Verträge. Beiſpiele aus ſpäterer Zeit bei Plaut. Curc. III, 88, IV, 4, 10, Pseudolus I, 3, 118. Rudens Prolog. 46, 48.]

211a) (182) Festus voc. spondere . . . ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant. Gaj. III §. 93 quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. σπένδω, σπονδή bezeichnet urſprünglich die Libation (Spende), daher σπονδαί der Friedensſchluß, das Bündniß, bei deſſen Abſchluß dieſe Libationen vor allem vorkamen. [Ballhorn-Roſen, Zur Vorgeſchichte des römiſchen Rechts. 1853 S. 58.]

consponsor durch conjurator erklärt.[211b]) Beachtung verdient ferner der unzweifelhaft religiöſe Charakter der völkerrechtlichen sponsio[211c]) und der Fingerzeig, den uns die Etymologie in den Wörtern jurare und juramentum gewährt. Woher kommen beide zu der Bedeutung des Schwörens? Sie ſtammen von jus, Band, Recht, jurare würde alſo wörtlich überſetzt bedeuten: ein Band, einen Bund, ein Recht begründen, juramentum: ein Bindemittel, ein Mittel des Rechts. Wenn ſie aber durch den Sprachgebrauch die ausſchließliche Bedeutung des Schwörens und eines Eides erhalten haben, ſo darf man daraus, glaube ich, entnehmen, daß ſich verbinden, ein Recht begründen und ſchwören lange Zeit hindurch für gleichbedeutend gegolten haben muß. Die Wirkung, das Sichverpflichten, trat dann ſpäter zurück gegen die Urſache, das Schwören, und ſo erhielt jurare ſeine neuere Bedeutung.

Die eidliche Bekräftigung eines Verſprechens mochte namentlich da üblich ſein, wo daſſelbe juriſtiſch unwirkſam geweſen ſein würde.[212]) Wenn der Eid nicht erfüllt wurde, wenn Zweifel und Streitigkeiten hinſichtlich deſſelben ſich erhoben, ſo lag es am nächſten, die Pontifices anzugehn.[213]) Ob ſie gleich den geiſtlichen

---

211b) (183) sub voce: consponsor. Wenn consponsor = conjurator, ſo iſt sponsor derjenige, der ſich eidlich zur Erfüllung eines Verſprechens verpflichtet hat. [Die Unhaltbarkeit dieſes Arguments verſucht darzuthun Girtanner a. a. O. S. 40 fl.] Zur Annahme einer ſakralen Form der Obligationen haben ſich übrigens ſchon Manche veranlaßt geſehen z. B. Huſchke Das Nexum S. 101. 102. Danz Rechtsgeſchichte B. 2 S. 107.

211c) (184) Osenbrüggen De jure belli et pacis S. 77 u. flg. Der Feldherr, der eine vom Volk nicht genehmigte sponsio abgeſchloſſen, ward dem Feinde überliefert „ut populus religione solvatur“ oder „ut populus R. scelere impio sit solutus“, Cicero de leg. II, 16 gebraucht sponsio beim votum: voti sponsio, qua obligamur deo.

212) (185) z. B. die Verträge zwiſchen Patron und Clienten; daher vielleicht noch im neuern Recht die jurata operarum promissio des Freigelaſſenen. — Ferner Verſprechen, denen keine res zu Grund lag. (S. zweites Syſtem.)

213) (186) Dionys. II, 73: *Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τὰς ἱερὰς*

Gerichten des Mittelalters berechtigt waren, denjenigen, der den Eid abgeleistet hatte, wir wollen ihn den Beklagten nennen, zur Verantwortung zu ziehen, bleibe dahin gestellt. Aber wenn beide Partheien einig waren, erfolgte Untersuchung und Urtheil und zwar, wie ich glaube, in der Weise, daß jede von ihnen für den Fall des Unterliegens ein Succumbenzgeld (sacramentum) deponirte, welches demnächst an einen Tempel fiel. Dies Succumbenzgeld enthielt je nach dem Ausgang des Prozesses die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit.[213a]) Der Ruf der Rechtskenntniß, in dem die Pontifices standen, der Vorzug der Ständigkeit der Behörde, einer constanten Praxis und Tradition, den dieses Gericht vor dem weltlichen Richter voraus hatte, konnte auch im Fall eines gewöhnlichen Rechtsstreites, bei dem es sich nicht um einen Eid handelte, es den Partheien wünschenswerth machen, denselben vor das geistliche Gericht zur Entscheidung zu bringen. Die Competenz desselben, wenn man überhaupt hierbei von einer Competenz sprechen will, ließ sich jeden Augenblick durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides begründen, vielleicht ward auch der Eid durch Fiction ersetzt, so daß es lediglich auf Deposition des sacramentum ankam.[214]) Dies ist die legis actio sacramento in ihrer ursprünglichen Gestalt. Je seltener der Eid ward, um so eher konnte man sich daran gewöhnen, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eides-Klage bedeutete — denn sacramentum[215]) heißt sonst der Eid — eine Klage mit Succumbenz-

---

δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν. [Plaut. Rudens V, 3, 21 tune meo pontifex perjurio es?]

213a) Man vergleiche hiermit Huschke's: „falsi jurisjurandi nomine" (Note 209b).

214) (178) Die Deposition geschah [nach Varro de L. L. V, 180. ad pontem deponebant . . . qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat;] beim pons und zwar dem pons sublicius, von dem Varro den Namen der pontifices ableitete (ib. V, 15), und an dem letztere zu opfern hatten. Die Deposition erfolgte also bei den Pontifices.

215) (188) Später vorzugsweise beim Soldateneid in Gebrauch geblie-

strafe, und unter sacramentum selbst das Succumbenzgeld zu verstehen. Der Uebertragung einer solchen der religiösen Beziehungen entkleideten Prozeßform auf die weltlichen Gerichte stand Nichts im Wege, und so erfolgte dieselbe in ähnlicher Weise, wie viele Jahrhunderte später der bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters ausgebildete Prozeß auf die weltlichen Gerichte überging. Das Succumbenzgeld fiel aber consequenterweise nicht mehr an die Götter, sondern an den Staat.[216])

Die hier aufgestellte Ansicht erklärt es, wie das Pontificalcollegium zu einer so ausgebreiteten und generellen Gerichtsbarkeit in rein weltlichen Dingen gelangen konnte, daß sich später daraus sogar die Sage von einer ausschließlichen Handhabung des Rechts durch die Pontifices zu bilden vermochte. Das Uebergewicht der Intelligenz, das Ansehen der Stellung, die berufsmäßige Beschäftigung mit dem Recht — alles stempelte sie zu den gebornen Schiedsrichtern des Volks und verschaffte ihrem Collegium eine Stellung nach Art der Spruchfakultäten in früherer Zeit. Ihr Ausspruch hatte nicht die Kraft eines Urtheils, sondern eines Rechtsgutachtens, womit die nicht auf Condemnation oder Absolution, sondern auf: sacramentum justum oder injustum esse lautende Form desselben zusammenhängt. Gleichwohl begreift

---

ben. Daß sacrare, sacramentum u. s. w. auch abgesehn von diesem Fall eine besondere Beziehung zum Eide hat, dafür berufe ich mich auf folgende Stellen des Festus: sub voc.: Sacramento dicitur quod [jurisjurandi sacrat] ione interposita actum est; [unde quis sacramen] to dicitur interrogari, quia [jusjurandum interponitur] etc., sub voc. Sacrosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum etc. Uebrigens brauche ich wohl kaum zu bemerken, daß für die im Text vorgetragene Ansicht die Bedeutung des Wortes sacramentum nur ein einzelnes Argument bildet, die eigentliche Beweiskraft aber in dem Gesammtzusammenhang des Ganzen ruht, und ich darf hinzusetzen, daß ich selbst auf jenes Argument erst aufmerksam geworden bin, nachdem jener Gesammtzusammenhang mir die vertheidigte Ansicht aufgedrungen hatte.

216) (189) Gaj. IV, §. 16 in publicum cedebat (Prozeß vor dem weltlichen Gericht) Fest. sub Sacramentum . . . quod consumebatur in rebus divinis (beim geistlichen Gericht).

es sich, daß auch diese Spruchpraxis nicht nur zur Innehaltung und Ausbildung fester Formen des Verfahrens führte, sondern auch manche materielle Rechtssätze ins Leben rief, so wie daß die Kenntniß derselben und die Kunst ihrer richtigen Handhabung sich nur beim Collegium fortpflanzte. Daraus machte eine spätere Zeit die Fabel von der Geheimhaltung des Civilrechts durch die Pontifices.

Das römische Recht hat der Praxis des geistlichen Gerichts gewiß viel zu danken, nicht bloß wegen der relativ hohen Intelligenz und Rechtskunde, die sich bei denselben fand, sondern vor allem darum, weil sich hier am ersten eine constante Praxis bilden konnte und bildete. Es war hier nicht einem Einzelnen die Rechtspflege anvertraut, wie bei dem Könige, Consul und Prätor, sondern einer Behörde und zwar, was noch mehr sagen will, einer geistlichen. Die Macht der Tradition hielt hier den Einflüssen der individuellen Meinung das Gegengewicht, der Wechsel der Mitglieder des Gerichts war unschädlich. So war das geistliche Gericht der passende, abgelegene Ort, an dem der Ablagerungs-Prozeß des Rechts, der Uebergang desselben aus dem Zustande der Flüssigkeit und Formlosigkeit in den der Festigkeit und formellen Bestimmtheit am sichersten und raschesten erfolgen konnte.

Gemeinsames aller dieser Ausgangspunkte.

XIX. Der normale Charakter einer Anfangsbildung besteht in der Einheit ohne Verschiedenheit, d. h. der Gebundenheit der Gegensätze, der Unselbständigkeit der einzelnen Theile. Bevor die Unterschiede, die dem Keime nach in ihr bereits vorhanden sind, sich regen und entfalten können, muß eine Zeit vorausgegangen sein, die das Moment der Einheit möglichst kräftig, wenn auch einseitig entwickelt hat, soll dasselbe sonst nicht im verfrühten Kampf der Gegensätze rasch erliegen. Zu dieser Bemerkung veranlaßt

mich ein Rückblick auf die bisherige Darstellung. Der Grundzug des bisher geschilderten Rechtssystems — wenn wir es nämlich ein System nennen wollen, worüber unten das Weitere — besteht eben in jener ursprünglichen Gebundenheit der Gegensätze, jener Unselbständigkeit, Ununterschiedenheit der einzelnen Theile desselben. Erst jetzt, nachdem wir die Ausgangspunkte des Rechts im Einzelnen haben kennen lernen, ist es uns möglich gemacht, diese Behauptung ohne großen Apparat durch Bezugnahme auf Früheres zu begründen.

Wir erinnern daran, daß es sich für uns nur um die ursprüngliche Gestalt dieses Systems handelt, nicht um die, welche es in Rom angenommen hat, denn letztere weist bereits manche Gegensätze auf, von denen einige schon im Bisherigen erwähnt, andere an gelegener Stelle nachgetragen werden sollen. Richten wir unsern Blick zuerst auf den Staat, so vergegenwärtigte uns das Gentilitätsprincip die Identität des Staats und der Familie: den Staat mit familienartiger Organisation, die Familie mit politischen Functionen. Unsere Ausführung über das Verhältniß des Staats zum subjectiven Princip hat uns sodann die ursprüngliche Identität des Staats und des Volks, die der Gesetzgebung und des Vertrages, die der vindicta publica und privata nachgewiesen, und bei Gelegenheit der Wehrverfassung ergab sich uns die Identität der militärischen und politischen Ordnung, der Volks- und Heeres-Versammlung, des Feldherrn und Königs. Die Religion endlich macht davon keine Ausnahme; politische Verbindungen sind zugleich religiöse, die politische Gewalt schließt die religiöse in sich, politische Peregrinität ist religiöse Peregrinität.

Fassen wir die Rechtssphäre des Individuums ins Auge, so bewährt sich unser Gedanke an der ursprünglichen Identität der Selbsthülfe und der Rache, insbesondere aber an der Abhängigkeit des Privatrechts vom öffentlichen Recht. Verlust des Bürgerrechts ist Verlust des ganzen Privatrechts, die privatrechtliche Rechtsfähigkeit setzt die Zugehörigkeit zum Staat voraus, und die Aufnahme in letzteren ist nur durch Eintritt in den mit privat-

rechtlichen Elementen so reich gesättigten Kreis der Gens möglich. Der privatrechtliche Banquerott hat auch den politischen zur Folge, der insolvente Schuldner verliert durch die Execution Freiheit und Bürgerrecht.

Nur ein schroffer Gegensatz findet sich, aber nicht mehr innerhalb des Rechts, sondern es ist der, mit dem letzteres sich gegen die ganze Außenwelt absperrt — der Gegensatz des Rechts als eines ausschließlichen Besitzthums derer, die zur Gemeinschaft gehören, zu der principiellen Rechtlosigkeit aller außerhalb Stehenden. Der Fortschritt der Rechtsentwicklung bewährt sich eben so sehr daran, ihn mehr und mehr abzuschwächen, als innerhalb des Rechts die Gegensätze zur Entfaltung zu bringen.

Die drei von uns nachgewiesenen Ausgangspunkte des altrömischen Rechts finden sich im alten Rom zur Einheit verschmolzen, sie bilden unser erstes „System". Aber damit verträgt sich sehr wohl die Möglichkeit, daß die Ausbildung dieser verschiedenen Seiten oder Elemente des Rechts über das römische Volk hinaus auf vorrömische Volksstämme fällt, von denen das eine nach seiner besondern Art mehr dieses, das andere mehr jenes entwickelt hatte, und von denen dann das durch eine Vereinigung dieser verschiedenen Volksstämme sich bildende römische Volk diese verschiedenen Elemente überkommen hätte. Und es ist in der That die Behauptung aufgestellt, daß der synkretistischen Bildung des römischen Volks auch die des Rechts entspräche, und es ist der Versuch gemacht, letzteres auf seine ethnischen Gegensätze zurückzuführen.[217]) So viel Wahrscheinliches und Anmuthendes für mich nun auch der Gedanke hat, daß dem Gegensatz der Sabiner, Latiner und Etrusker auch eine gewisse Verschiedenheit der Rechtseinrichtungen und der Lebensanschauung entsprochen hat; und so wenig ich Anstand nehmen werde, von dem in dieser vagen Allgemeinheit ausgesprochenen Gedanken einen gewissen Gebrauch zu machen (S. 313), so wenig hat doch der Versuch, ihn im Einzelnen durchzuführen und für die

217) Göttling Römische Staatsverfassung. Einleitung.

urſprünglichen römiſchen Einrichtungen und Anſchauungen ihre ethniſchen Quellen anzugeben, Ausſicht auf Erfolg. Das poſitive Quellenmaterial, welches man zu dem Zweck aufgeboten hat, reicht dazu in keiner Weiſe aus, es beurkundet die Thatſache, daß die Stammeltern der Römer in manchen Punkten von einander verſchieden waren, aber nicht, was von dem Beſitzthum der letzteren auf Rechnung der einen oder anderen zu ſetzen iſt. Eben ſo wenig zwingt uns eine innere Prüfung des letzteren, für das Einzelne einen verſchiedenen ethniſchen Urſprung anzunehmen und etwa unſere drei Ausgangspunkte des römiſchen Rechts den drei ethniſchen Tribus des römiſchen Volks zuzuweiſen.[218]) Bei einem kriegeriſchen Volke, das in beſtändiger Bewegung begriffen iſt, verſteht ſich der Einfluß des militäriſchen Intereſſes auf die Verfaſſung von ſelbſt. Das Geſchlechterprincip fügt ſich dem Zweck des Ganzen ungezwungen ein, und das ſubjective Princip mit ſeiner Erbeutung und Selbſthülfe findet kaum eine paſſendere Stätte als bei einem ſolchen Volke. In Bezug auf das religiöſe Princip könnte man, ſo wenig an ſich die religiöſe Stimmung dem kriegeriſchen Sinn widerſtrebt, am erſten in Verſuchung kommen, in einigen Spuren des religiöſen Princips im römiſchen Recht Reſte eines religiös angelegten Rechtsſyſtems eines früheren Volks zu erblicken. Wir ſtellen dieſe Spuren und zur Vergleichung die parallelen Erſcheinungen des profanen Syſtems zuſammen.

	Religiöſes Syſtem.	Profanes Syſtem.
	Fas	Jus, vis.
Symbol:	aqua et ignis.	Hasta (quiris). Manus.

218) Wegen der im Text ausgeſprochenen Anſicht hat mich ein Kritiker (Kuntze) in der Münchener Krit. Ueberſchau II S. 187 fl. hart angelaſſen. Ihm fällt es nicht ſchwer, die von mir entwickelten Gegenſätze von Jus und Fas in glücklichſter Weiſe ethniſch zu vertheilen, gleich als ob dies ein Kunſtſtück wäre, wenn man ſich davon dispenſirt, auch nur den Schein eines Beweiſes beizubringen! Inzwiſchen hat auch Mommſen Röm. Geſch. I Kap. 4 (Aufl. 4) S. 44 über dieſen „heilloſen Unfug" den Stab gebrochen.

Repräſentant:	Numa.	Romulus.
Ehe:	confarreatio.	coemtio.
	(fax, aqua et ignis)	(hasta coelibaris)
Vertrag:	Eid, sacramentum, sponsio, foedus.	Volksgarantie, mancipatio, nexum.
Prozeß:	legis actio sacramento.	Selbſthülfe. — vindicatio, manus injectio u. ſ. w.
Strafrecht:	homo sacer.	Vindicta publica.
	Die Strafe als Reinigungsmittel.	Die Strafe als Abfindungsmittel.

Allein dieſe dürftigen Gegenſätze gewähren für die Annahme eines verſchiedenen ethniſchen Urſprunges keinen ausreichenden Grund, ſelbſt nicht die doppelten Eheformen;[219] den Beweis der Behauptung wird man mir erſparen.

219) Man könnte fragen: woher für ein und daſſelbe Volk zwei Formen der Ehe? Allein dieſe Mehrheit der Eingehungsarten der Ehe iſt gar nicht auffällig. Das moſaiſche Recht kennt zwei Eingehungsarten, mit und ohne Verkauf (Michaelis Moſaiſch. Recht B. II §. 85, 86), das indiſche acht, freilich auf wunderlichen Unterſchieden beruhende Arten der Ehe (von Bohlen Das alte Indien B. 2 S. 141 fl.), in den ſlaviſchen Ländern findet ſich in chriſtlicher Zeit neben der kanoniſchen Form der Eingehung noch die alte weltliche (Maciejowski Slaviſche Rechtsgeſchichte B. 2 §. 194), und ſelbſt die Gegenwart mit ihrer Civilehe kann uns als Beiſpiel dienen. [Die Verſuche, die verſchiedenen Eheformen auf ethniſche Gegenſätze zurückzuführen hat Roßbach Unterſuchungen über die römiſche Ehe S. 165 zuſammengeſtellt, und ich kann mir nicht verſagen, ſeine Zuſammenſtellung hier abdrucken zu laſſen, ſie ſagt mehr als lange Deductionen!

I. Auf die Etrusker wird zurückgeführt
   1. die Confarreatio von Schrader, Wächter u. A.,
   2. die Coemtio von Hüllmann,
   3. die freie Ehe und der damit zuſammenhängende Uſus von Göttling, Rein und Becker.

II. Auf die Latiner
   1. die Confarreatio von Walter,
   2. die Coemtio von Bluntſchli, Göttling, Danz, Rein, Becker.

III. Auf die Sabiner
   die Confarreatio von dem zuletzt Genannten.

Die urſprüngliche Einheit der beiden Eheformen hat meines Erachtens derſelbe Gelehrte S. 192 fl. überzeugend dargethan.]

Wir wenden uns im Folgenden dem Volk zu, das mit dem im Bisherigen entwickelten Kapital von Ideen und Einrichtungen ſeine Arbeit begann, und zwar nehmen wir den Bildungsprozeß deſſelben aus ſeinen verſchiedenen ethniſchen Elementen als bereits beſchloſſen an, es iſt alſo das fertige römiſche Volk, mit dem wir es fortan zu thun haben, und deſſen Begabung und Eigenthümlichkeit, ſoweit dieſelbe für die Aufgaben des Rechts in Betracht kommt, wir uns vergegenwärtigen wollen.

Verhalten des römiſchen Geiſtes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

1. Das Weſen des römiſchen Geiſtes und die Prädeſtination deſſelben zur Cultur des Rechts.

Tu regere imperio populos Romane memento.
Virg. Aen. VI, 852.

XX. Man hat die Bemerkung gemacht, daß die aus einer Miſchung verſchiedener nationaler Elemente entſtandenen Völker ſich durch nachhaltige Kraft auszeichnen, und für das römiſche Volk und dasjenige, welches unter den neuern die meiſte Aehnlichkeit mit demſelben hat, das engliſche, trifft dieſe Bemerkung in hohem Grade zu. Liegt der Grund darin, daß die Entſtehung dieſer Völker mit ſchweren Geburtswehen verbunden war, daß ſie ſich erſt unter gewaltigen Anſtrengungen, nach vorheriger Ueberwindung der durch die Verſchiedenheit der Abſtammung gegebenen Gegenſätze in Sitte, Recht u. ſ. w. das Gut erwerben mußten, das andern Völkern als das bloße Reſultat ihres längern Beſtehens mühelos zufiel — die Nationalität? Uebt die Kraftanſtrengung, mit der die Exiſtenz des Volks beginnt, eine dauernde Nachwirkung auf ſeinen Charakter aus? Der Grund liegt wohl in etwas anderem, nämlich darin, daß jener Bildungsprozeß die

Nationalitäten, die er zur Einheit verbinden soll, nicht bloß in ihrem innersten Wesen erregt und zersetzt, sondern von ihnen nur das Feste, Kernige, Eiserne übrig läßt. Das Feuer, das dem Metall unschädlich ist, verbrennt und vernichtet das Holz. Was von den Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Nationalitäten diese Feuerprobe nicht bestehen kann, geht unter; was sich gehalten hat und in der neu gebildeten Nationalität fortdauert, hat damit seine feuerfeste Natur bewährt. So gewinnt der Charakter des aus diesen Elementen gebildeten Volks an Energie, Ernst, Strenge, Härte, Lebensklugheit, was er an Kindlichkeit, Naivität, Laune und allen Eigenschaften, die eine gewisse Harmlosigkeit der Lebensanschauung und ein ungetrübtes äußeres Glück voraussetzen, einbüßt — ein Charakter, gemacht die Welt zu beherrschen, nicht, sie zu entzücken. Solche Völker sind es, die, wie sie ihrerseits die Werke der Phantasie von andern Völkern entlehnen müssen, letztern dafür ihre Einrichtungen und Gesetze zurückgeben. Denn sie mit ihrer nüchternen Lebensansicht und ihrer der Uebereilungen und des Wankelmuths unfähigen Natur sind vor allem zur Cultur des Rechts berufen.

So ist also gleich die Bildungsgeschichte des römischen Volks für das Recht bedeutungsvoll. Die erste Scene der römischen Rechtsgeschichte beginnt mit einer Gegenüberstellung und folgeweise einer Kritik der Einrichtungen und Rechtsanschauungen, die jeder der drei Stämme, der latinische, sabinische und etruriſche mit brachte, und endet mit einer Auswahl unter denselben von Seiten des neu entstandenen römischen Volks. Die Geschichte hat es uns zwar verwehrt, einen Blick hinter den Vorhang zu werfen (S. 309) und öffnet ihn erst, als das römische Recht fertig da steht. Aber können wir uns die Vorgeschichte in anderer Weise ausmalen? Wenn drei Völker mit verschiedenen Einrichtungen, Sitten und Rechtsansichten sich zu einem Staat zusammenthun, und schließlich nur ein einziges Recht übrig bleibt, an dem keine Spuren nationalen Gegensatzes erkennbar sind, so muß nothwendigerweise der Widerspruch ausgeglichen, d. h. also das eine

oder andere geopfert worden ſein. Dieſer Läuterungsprozeß, bei dem die Schlacken ausgeſchieden wurden, und nur das Kernige zurückblieb, erforderte keine gewaltſamen Mittel. Wo Starkes und Schwaches ſich im Leben zum freien Kampf begegnen, verleiht das innere Uebergewicht, das jenem inne wohnt, ihm von ſelbſt den Sieg.

Drücken wir dieſen Vorgang, bei dem die Stammesverſchiedenheiten im Intereſſe des Staats überwunden werden, dahin aus, daß das Staats- und Rechts-Princip hier das der Nationalität überwältigt, ſo haben wir damit bereits für das erſte Auftreten Roms den Satz gewonnen, in dem auch die ſpätere Bedeutung Roms, deſſen eigenthümliche univerſalhiſtoriſche Stellung und Aufgabe beſchloſſen liegt. An keinen Namen knüpft ſich ſo wie an den Roms der Gedanke eines Conflictes zwiſchen dem Nationalitäts- und dem abſtracten Staats- und Rechts-Princip oder, wenn man dabei auch die kirchliche Bedeutung des modernen Roms mit ins Auge faſſen darf, der Gedanke des Gegenſatzes der Nationalität und allgemeiner, ſupranationaler Tendenzen.[219a]) Die geiſtige Subſtanz, die Rom in ſich birgt, iſt ein Scheidewaſſer, das, ſowie es mit dem lebendigen Organismus einer Nationalität in Berührung tritt, ihn ſchmerzhaft erregt, ja zerſetzt und auflöſt. Mit der eigenen nationalen Selbſtüberwindung beginnt die Geſchichte Roms, und der Culminationspunkt derſelben zeigt uns den römiſchen Staat, ſtehend an der Gränzſcheide der antiken und modernen Welt, zu ſeinen Füßen zermalmt und zerrieben die Völker der damaligen Zeit. Nach dem Sturz dieſer politiſchen Weltherrſchaft erhebt ſich auf derſelben Stätte die Weltherrſchaft der Kirche, eine Herrſchaft des Geiſtes, mächtiger noch als die des Schwertes, und, als wäre dadurch jener Centraliſations- und Expanſionstrieb des römiſchen Geiſtes Jahrhunderte nach dem Untergang des römiſchen Volks von neuem wieder angeregt,

219a) Des Zuſammenhanges wegen nehme ich die Darſtellung im Text aus der erſten Auflage hinüber, obſchon dieſer Gedanke bereits in dem §. 1 der gegenwärtigen Auflage weiter ausgeführt iſt.

die Weltherrschaft des römischen Rechts. Wehe der Nationalität, wenn Rom sich naht — so möchte man ausrufen vom Standpunkt der Nationalität aus. Wenn wir aber gedenken, daß die Besonderheit und Trennung nicht das Ziel der Geschichte ist, sondern die Gemeinschaft und Einheit, daß die Individualität der Menschen und Völker durch das Moment der Allgemeinheit nicht zerstört, sondern geadelt und erhoben wird, dann werden wir in Rom nicht den Würgengel der Nationalitäten, den Geist, der bloß verneint, erblicken, sondern einen Träger und Vorkämpfer der Idee der Universalität gegenüber der einseitigen, beschränkten Herrschaft des Nationalitätsprincips. Freilich ohne schmerzhafte Berührung fremder Nationalitäten hat Rom seine Aufgabe nicht erfüllen können. Wie die Schärfe des Schwertes den Völkern der alten Welt blutige Wunden schlug, so die Schärfe des Begriffs, die das römische Recht charakterisirt, dem nationalen Rechtsleben der modernen Welt. Aber Wunden und Schmerzen sind der Preis der Operation.

Von diesem Standpunkt aus begrüßen wir das römische Volk bei seinem Eintritt in die Welt mit den treffenden Worten Huschke's[220]) „als eins jener Centralvölker, in denen sich die auseinandergegangenen Strahlen der Menschheit wie in einem Brennpunkt sammeln." Da schon seine Bildungsgeschichte uns Anlaß gegeben hat seiner Mission und Eigenthümlichkeit zu gedenken, und da im spätern Verlauf der Darstellung das römische Volk gegenüber seinem Werk, dem Recht, zurücktritt, so halte ich es am geeignetsten, den Charakter des römischen Volks und dessen eigenthümliche Prädestination zur Cultur des Rechts bereits an dieser Stelle zum Gegenstande der Betrachtung zu machen.

Der Nachweis jener Prädestination erfordert ein Eingehn in die Eigenschaften, den Charakter sowohl wie die intellectuelle Begabung des römischen Volks; nicht als ob daraus jene Prädestination selbst erklärt werden sollte — denn für sie läßt sich kein

220) Verfassung des Servius Tullius. Vorrede S. 17.

anderer Grund angeben, als daß einmal die Geſchichte den Römern dieſe Miſſion der Cultur des Rechts zuertheilt hat. Nicht weil die Römer dieſe und jene Eigenſchaften hatten, waren ſie zur Cultur des Rechts prädeſtinirt, ſondern umgekehrt, weil ihnen nach der Oekonomie der Geſchichte dieſe Aufgabe zugefallen war, waren ſie ſubjectiv zur Löſung derſelben befähigt. Es iſt aber von Intereſſe, dieſe Befähigung im Einzelnen zu verfolgen; nachzuweiſen, wie der hiſtoriſche Beruf der Römer ihr ganzes Weſen durchdringt, Eigenſchaften, Kräfte, Einrichtungen hervorruft, die ſämmtlich dem Zweck jener Aufgabe dienſtbar ſind.

Es möge vorher noch mit wenig Worten die angebliche Abſtammung und Aehnlichkeit der Römer von und mit den Griechen berührt werden. In der That ſind beide Völker in ihren Beſtrebungen und in ihrer Begabung ſo unendlich verſchieden, daß man Mühe hat, über der Verſchiedenheit die Aehnlichkeit aufzufinden. Die Römer der ſpätern Zeit gefielen ſich in der Idee von den Griechen abzuſtammen, und man beutete die vorhandenen Aehnlichkeiten in Sprache, Recht, Religion, welche theils und vorzugsweiſe die Reſte der urſprünglichen Gemeinſchaft aller indogermaniſchen Völker, theils die Reſultate ſpäterer Berührung beider Völker waren, in dieſem Sinne aus. Es hat auch für die moderne Philologie eine Zeit gegeben, wo dieſer Irrthum an der Tagesordnung und verzeihlich war, wo man ſich für berechtigt halten konnte, insbeſondere die Verwandtſchaft der griechiſchen und lateiniſchen Sprache aus der Annahme zu erklären, daß letztere eine Tochter der erſteren ſei.[221] Das Studium des Sanskrit hat nachgewieſen, daß dieſe Annahme eine irrige, die lateiniſche

221) Dieſe Annahme hat auf die etymologiſche Beſtimmung römiſcher Rechtsausdrücke und damit auf die Auffaſſung der durch ſie bezeichneten Inſtitute ſelbſt einen ſehr nachtheiligen Einfluß ausgeübt, namentlich in Hüllmanns Grundverfaſſung und Büllhorn-Roſen, Ueber dominium. 1822. [Noch mehr in deſſelben Verfaſſers Schrift: Zur Vorgeſchichte des römiſchen Rechts. I 1853, wo es förmlich in Carikatur ausartet, ſ. darüber die Recenſion in den neuen Jahrbüchern von Klotz B. 70 S. 464 fl.]

Sprache vielmehr eine Schwester der griechischen ist, welche die gemeinsame Muttersprache in vielen Stücken reiner und getreuer bewahrt hat als letztere.[222]) Das Verhältniß der Sprachen aber bezeichnet das der Völker selbst; sie sind Geschwister, die einst mit den übrigen indogermanischen Völkern unter einem Dach lebten, und als sie sich trennten, eine gemeinsame Ausstattung an Sprache, Sitte, Religion u. s. w. mitbrachten.[223]) Aber wie verschieden entwickelte sich ihr Charakter nach jener Trennung, wie weit ging Recht, Religion, Sprache u. s. w. bei den verschiedenen Völkern aus einander. Was insbesondere das Recht anbetrifft, so ist bis jetzt zwar der Versuch noch nicht gemacht, die Spuren der ursprünglichen Rechts-Gemeinschaft aller indogermanischen Völker zu sammeln, allein so viel läßt sich schon jetzt sagen, daß die Sprache wenig Aufschlüsse gewähren wird. Für den Begriff sowohl wie für die meisten Institute des Rechts hat jede indogermanische Sprache eine andere, dieselben von einer verschiedenen Seite erfassende Bezeichnung. Was also auch die indogermanische Völker-Familie an gemeinsamen Rechtseinrichtungen ursprünglich besaß: die Thätigkeit der Sprache in der Bezeichnung derselben d. h. das Erwachen des Bewußtseins über dieselben fällt in die Zeit nach der Trennung. Dies gilt insbesondere auch von dem Verhältniß des griechischen zum römischen Recht. So groß auch die Zahl der in der griechischen und lateinischen Sprache gleich lautenden und gleich bedeutenden Ausdrücke sein mag: die Rechtsterminologie beider ist völlig verschieden, jedes der beiden Völker hat also die begriffliche Erfassung und Gestal-

---

222) Pott hat sich an vielen Stellen seines oft citirten Werkes hierüber ausgesprochen z. B. B. 1 S. XXVIII, S. 75, B. 2 S. 433 u. fl.

223) Ein gewisser Grad der Cultur war damals bereits erreicht. Das Gottesbewußtsein war entwickelt (in den meisten Sprachen hat sich noch das Wort dewa, Gott, erhalten. Pott B. 1 S. LVI), die Stufe des Nomadenthums zurückgelegt, man kannte Häuser, Dörfer, den Pflug, Mühlen u. s. w. Vergleiche hierüber Kuhn Zur ältesten Geschichte der indogermanischen Völker. S. 12, 16, 17.

tung seines Rechts völlig selbständig vollbracht.[223a]) Was man auch an einzelnen Einrichtungen, Gesetzen, Gebräuchen, welche den Griechen und Römern gemeinschaftlich waren, aufzählen möge: auf keinem Gebiet läßt sich die Unabhängigkeit der Römer von den Griechen und die Eigenthümlichkeit ihres ganzen Wesens so leicht und sicher erkennen als auf dem des Rechts.

Das Wesen des römischen Geistes.[224])

Haben wir oben die Bedeutung Roms in die Geltendmachung einer abstracten Allgemeinheit in Staat und Recht gegenüber der Particularität des Nationalitätsprincips gesetzt, so könnte, wer vom römischen Volkscharakter nichts weiß, glauben, als ob sein Wesen in kosmopolitischer Allgemeinheit bestände. Wer aber die Römer nur irgendwie kennt, weiß, daß kaum ein anderes Volk eine so

223a]) [So jetzt auch Mommsen Röm. G. I S. 84 (A. 4) „Aber wie entschieden die Entwicklung des römischen Staatsrechts nach Rom oder doch nach Latium gehört, und wie wenig und wie unbedeutend das Geborgte darin ist, beweist die durchgängige Bezeichnung aller seiner Begriffe mit Wörtern latinischer Prägung."]

224) Der Philosoph von Fach möge mir verzeihen, wenn ich mich im Folgenden an einer Aufgabe der Philosophie der Geschichte vergreife, der meine Kräfte nicht gewachsen sind; hätte ich es gedurft, gern wäre ich ihr ausgewichen. — Daß eine Aufzählung aller Eigenschaften des römischen Charakters nicht genügt, brauche ich kaum zu sagen. Eine solche Aufzählung, die das ganze geistige und leibliche Besitzthum des Volks inventarisirt und in ihrer Genauigkeit wohl gar auch den Hausthieren als „Gehülfen des Menschen bei der Arbeit" (Hugo) einen freundlichen Blick zuwirft, erscheint mir nicht besser als die Charakteristik eines Steckbriefes. Man erfährt daraus, daß die allgemein menschliche Natur sich auch bei diesem Volk nicht verläugnet habe, diese und jene Eigenschaften sich hier in diesem und jenem Grade wieder finden, aber das eigentliche Spezifische und durch eine bloße Addition an Eigenschaften nicht Wiederzugebende der Volksindividualität bleibt dabei unberücksichtigt. Auf letzteres, das allen jenen Eigenschaften Richtung und Ausdruck gibt, habe ich im Folgenden mein Augenmerk gerichtet, ohne es für erforderlich zu halten, es ins Einzelne hinein zu verfolgen.

unverwüstliche Nationalität besessen und so fest daran gehalten wie sie. Nicht der Absperrung bedurfte diese Nationalität, um sich zu behaupten, nicht der Abwehr fremder Elemente; im Gegentheil, sie forderte alle Völker heraus sich mit ihr zu messen, nahm massenweis fremde Elemente in sich auf, die rasch zersetzt sich dem römischen Wesen assimilirten, ohne ihrerseits beträchtliche Rückwirkungen auf dasselbe auszuüben. In der Blüthezeit Roms, auf die wir uns bei dieser Charakteristik beschränken, steht die römische Nationalität da wie ein Fels im Meere, an dem die Völker der alten Welt wie Wogen sich brechen.

Wie verträgt sich mit dieser Energie, die das Nationalitätsprincip in Rom entfaltet, jene universelle, antinationale Mission des römischen Volks? Das universelle Moment im römischen Charakter geht hervor aus einer Eigenschaft, die nach der einen Seite ebensowohl eine expansive, universelle, wie nach der andern eine contractive, exclusive Tendenz hat — der Selbstsucht. Die Selbstsucht, die sich selbst zum Mittelpunkt der Welt macht, Alles nur auf sich bezieht, kommt nicht in Gefahr sich zu vergessen, ihre particularistisch-exclusive Stellung aufzugeben; ihre Universalität besteht bloß darin, daß sie Alles *begehrt*. Diese Expansionskraft des Begehrungsvermögens, wie sehr sie immerhin mit der engherzigsten Gesinnung verbunden sein möge, dient doch objectiv der Geschichte als ein sehr wirksames Mittel für den Gedanken der Universalität. Rom liefert uns dazu den glänzendsten Beleg.

Selbstsucht ist das Motiv der römischen Universalität, Selbstsucht — und damit wenden wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zu — der Grundzug des römischen Wesens. Es gibt eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellectueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen, kleinlichen Vortheilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich gesetzt hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hin-

gebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellectuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Thaten und Tugenden. Kein Charakter ist so geeignet, um ihre Natur kennen zu lernen, als der römische. Es hat kein Interesse, die römische Selbstsucht in ihren nächsten, kleinlichen Schwingungen zu verfolgen, in jenen Eigenschaften der Habsucht, des Geizes, der Härte und Liebloſigkeit u. s. w.; hier zeigt sie sich in ihrer unerquicklichen Dürftigkeit und Beschränktheit. Aber in demselben Maße, in dem die Verhältnisse, in denen das Individuum steht, und die Zwecke, denen es sich widmet, sich steigern, werden die Einwirkungen der Selbstsucht unkenntlicher, ihre Formen erhabener, und auf dem Höhenpunkt römischer Größe: der Hingebung an den römischen Staat, überwindet sich sogar die individuelle Selbstsucht, um sich selbst und Alles, was sie für sich erstrebt, der des Staats zum Opfer zu bringen.

Es klingt paradox, daß auch jene Eigenschaften des römischen Charakters, wie die Tapferkeit, Vaterlandsliebe, Religiösität, die Achtung vor dem Gesetz u. s. w., Tugenden, die scheinbar keine Beziehung zur Selbstsucht haben oder wohl gar eine Entäußerung derselben voraussetzen, dennoch ihre Wurzeln in der Selbstsucht haben sollen. Um sich davon zu überzeugen, muß man nur den richtigen Standpunkt der Betrachtung wählen, nicht die römischen *Individuen*, sondern das Walten des römischen *Volksgeistes* ins Auge fassen.

Wenn ein Volk von einem Gedanken ganz und gar durchdrungen ist, wenn sein ganzes Wesen, Sein und Thun in diesem einen Gedanken aufgeht, so gestaltet sich natürlich der Charakter desselben dem entsprechend. *Die* Tugenden, *die* Kräfte kommen zur Entwicklung, die jenem Zweck am förderlichsten sind. Jene Selbstsucht aber, die wir oben charakterisirt haben, erfordert zu ihrem moralischen Apparat eine hohe Energie des Charakters, Tapferkeit, Selbstüberwindung, Ausdauer, Hingabe des Individuums an den allgemeinen Zweck, kurz die Eigenschaften, die wir

bei den Römern wahrnehmen. Objectiv betrachtet sind dieselben also der nationalen Selbstsucht dienstbar, wenn auch subjectiv die Ausbildung und Bethätigung derselben gerade eine Selbstverläugnung enthalten sollte. Das einzelne Subject wird hier ohne sein Wissen und Wollen durch den Nationalgeist bestimmt; ob es sich seiner Bestimmung bewußt ist oder nicht, ist völlig gleichgültig. Von seinem Standpunkt aus mag die einzelne Handlung aus dem Pflichtgefühl oder unmittelbar aus dem unbewußten Drange der innersten Natur heraus hervorgegangen sein; daß es diese Natur hat, daß ihm dies als Pflicht erscheint, das ist dem Walten des Nationalgeistes zuzuschreiben. Letzterer gestaltet den Volkscharakter, die sittlichen Institutionen, das ganze Leben in der Weise, in der sie seinen Zwecken am förderlichsten sind.

An diesem Objectivirungsprozeß der nationalen Selbstsucht hat allerdings auch die Reflexion, die bewußte Berechnung ihren Antheil. Den Römern war es Bedürfniß, die Dinge selbstthätig zu gestalten, es widerstrebte ihnen, sie nach der Theorie der Naturwüchsigkeit sich selbst zu überlassen. Es ist bereits früher (S. 97) darauf aufmerksam gemacht, wie dieser Zug auch in der römischen Sage hervortritt, und Keiner, der mit dieser Rücksicht die römische Welt betrachtet, wird den großen Antheil, den die Reflexion, Absichtlichkeit u. s. w. an ihr hat, verkennen können; überall ist ein Trieb nach intellectueller Erfassung und Beherrschung des Vorhandenen so wie die nachhelfende und organisirende Hand des Menschen wahrnehmbar. „Kein Theil des Staatslebens, sagt einer der besten Kenner des römischen Alterthums,[224a]) blieb, wie die Gestalt aller Institute desselben beweist, der spontanen Bewegung überlassen, noch beruhte er auf einer Masse unverbundener Traditionen; überall gibt sich das Bestreben kund, einen obersten Grundsatz zum Bewußtsein zu bringen und ihn mit der strengsten Consequenz durch die Einzelnheiten aller Regeln, Formen, Symbole durchzuführen.“ Aber die Haupt-

224a) Rubino a. a. O. S. 205.

rolle bei allem dieſem ſpielte doch der unvergleichliche nationale Inſtinct. Was iſt dieſer Inſtinct, iſt er eine Naturanlage, die ſich nicht weiter begründen läßt, eine primäre Eigenſchaft des römiſchen Geiſtes? Ich erblicke in ihm nur die Folge jener Richtung auf praktiſche Zwecke, jener zur zweiten Natur gewordenen Gewohnheit der Römer, ihre ganze geiſtige und moraliſche Kraft im Dienſt der Selbſtſucht zu verwenden. Die Römer konnten, möchte ich behaupten, nichts Zweckwidriges thun; bewußt oder unbewußt betrachten ſie alles unter dem Geſichtspunkt der Zweckmäßigkeit, und wie die Griechen auch ohne Abſicht und Bewußtſein das Schöne finden, weil ihr ganzes Weſen von der Idee des Schönen durchdrungen iſt, ſo treffen die Römer mechaniſch das Zweckmäßige.

Die Idee der Zweckmäßigkeit alſo iſt das Prisma römiſcher Anſchauung, und den ſchlagendſten Beweis dafür bietet uns die römiſche Götterwelt.[225]) Die Römer konnten nur anerkennen und ehren, was einen Zweck hatte; Götter, die ohne beſtimmten Beruf bloß ſich ſelbſt gelebt hätten, wären ihnen als Müßiggänger erſchienen. Darum hatte jeder römiſche Gott ſeinen praktiſchen Wirkungskreis, ſo zu ſagen ſeinen Poſten, für den und von dem er lebte. Das Princip der Theilung der Arbeit war in der römiſchen Götterlehre ins Lächerliche getrieben, die römiſche Erfindungsgabe war unerſchöpflich darin, neue Geſchäftszweige, Verrichtungen und Handlangerdienſte aufzuſuchen, wofür ſich ein beſonderer Gott anſtellen ließ. Es gab kein Intereſſe, ſo nichtig und unbedeutend, keinen Moment des menſchlichen Lebens: von der Geburt bis zum Tode, des Landbaus: von der Saat bis zur Erndte u. ſ. w., deſſen Obhut der proſaiſche Sinn der Römer nicht irgend einem ſehr langweiligen Gott anvertraut hätte.[226])

225) Ich verweiſe des weitern auf Hegel in ſeiner Religionsphiloſophie Theil 2, Abſchn. 2, der die römiſche Religion ganz treffend als die Religion der Zweckmäßigkeit bezeichnet.

226) Ich verweiſe vor allem auf die Abhandlung von Ambroſch über die Religionsbücher der Römer Bonn 1843. S. 11 u. fl.

Diese Götter gehen, wie die Römer selbst, ganz und gar in ihren Zwecken auf, sie sind Nichts als personificirte Zwecke.

Auch die Religiösität der Römer, von ihnen selbst und Andern so viel gepriesen, war im Wesentlichen durch das Motiv der Zweckmäßigkeit oder der Selbstsucht bestimmt. Die Römer ehrten die Götter, nicht, weil sie Götter waren, sondern damit letztere ihnen dafür ihren Beistand zuwendeten. Das Maß der Beistandsbedürftigkeit, der Noth, in der man sich befand, war zugleich das der römischen Religiösität. Natürlich unterhielt man auch in glücklichen Zeiten ein gutes Vernehmen mit den Göttern und ließ es an Nichts fehlen, worauf sie einmal ein Recht hatten; man zahlte ihnen, wenn es erlaubt ist, das obige Bild weiter auszuführen, ihren Gehalt, den Preis, um den sie im Allgemeinen Rom ihre Gunst bewahrten, unverkürzt aus. Begehrte Jemand aber außergewöhnliche Dienstleistungen von ihnen — der Staat, wie die Einzelnen — so mußte er, da auch die Göttter Nichts umsonst thaten, sie dafür entsprechend bezahlen. Eine beliebte Form, die Götter zu gewinnen war das Votum; beliebt nämlich, weil man dabei am sichersten ging d. h. den Göttern erst seinerseits das Versprochene zu leisten hatte, nachdem sie ihrerseits den erwarteten Dienst erwiesen hatten. Das Votum enthielt eine Uebertragung des Obligationenrechts auf die Götter und bewegte sich auch in der Terminologie desselben.

Je mehr dies Urtheil über die römische Religiösität, das den Egoismus zur Triebfeder derselben macht, auf Widerspruch gefaßt sein muß, und je weniger der Versuch einer ausführlichen Begründung desselben hier am Ort sein würde, um so mehr muß ich an die obige Bemerkung von dem instinctartigen Walten des römischen Geistes erinnern. Es ist nicht meine Meinung, als ob bewußte Absicht und Berechnung in Rom mit den heiligsten Dingen ihr Spiel getrieben hätten,[227]) aber ebenso wenig kann ich glau-

227) Dies ist natürlich schon behauptet, es entsprach der rationalistischen Ansicht, die in der Religion nur ein Werk der Täuschung und Berechnung zu erblicken vermochte. S. z. B. Buchholz Philosoph. Untersuchungen

ben, daß in der Religion allein ſich die römiſche Sinnesweiſe ſollte verläugnet haben. An einer andern Stelle (§. 21) erhalten wir Gelegenheit zu zeigen, wie die religiöſen Inſtitutionen ſich den Zwecken des römiſchen Staats fügten. So verkehrt es ſein würde, auf Grund dieſer Thatſache den Römern die Meinung unterzuſchieben, als ob dieſe Inſtitutionen und die Götter ſelbſt nur ein Werkzeug in den Händen des römiſchen Staats ſeien, ſo iſt doch ſo viel gewiß, daß objectiv jene Inſtitutionen dem Staat die weſentlichſten Dienſte leiſteten. Den Grund davon kann man aber nur in jener Eigenſchaft des römiſchen Geiſtes ſuchen, vermöge deren er allem und jedem, was innerhalb der römiſchen Welt zur Erſcheinung kam, wie wenig es auch ſeinem Urſprunge nach mit der Nützlichkeitsidee in Beziehung ſtand, eine praktiſche Seite abzugewinnen wußte.[228])

Bewährte ſich dieſer Trieb auf dem religiöſen Gebiet, um wie viel mehr auf dem profanen.

Die römiſche Welt, im Ganzen und Großen erfaßt, läßt ſich mit einem Wort als der Triumph der Idee der Zweckmäßigkeit bezeichnen; ſie ſelbſt ſo wie alle intellectuellen und moraliſchen Kräfte, die innerhalb derſelben thätig werden, ſind der Zwecke wegen da, mit Rückſicht auf ſie beſtimmt und geſtaltet. Die Selbſtſucht iſt die Triebfeder des Ganzen; jene ganze Schöpfung mit allen ihren Inſtitutionen und allen den Tugenden, die ſich an ihr bethätigen, iſt nichts als die Objectivirung oder der Organismus der nationalen Selbſtſucht.

über die Römer. 3 B. Berlin 1819, ein Werk, in dem die Philoſophie außer auf dem Titel nicht ſichtbar wird. B. 1 S. 144 u. fl. Die religiöſen Feſte werden S. 147 für nichts weiter erklärt, „als Mittel, wodurch die römiſche Regierung die Aufmerkſamkeit des großen Haufens von ſich ab und auf andere Gegenſtände hinleitete."

228) An dem engliſchen Volk kann man ähnliche Beobachtungen machen. Wie manche Erſcheinung läßt ſich auch bei ihm aufführen, die aus ſittlichen Motiven hervorgegangen, wie z. B. die Sklaven-Emanicipationsbeſtrebungen, das Miſſionsweſen u. ſ. w., deren ſich ſofort der praktiſche Geiſt der Nation zu politiſchen Zwecken mit großem Erfolg bemächtigt hat.

Dieser Ausdruck drückt vielleicht am kürzesten die Art und Weise aus, in der sich diese Selbstsucht bethätigte. Die römischen Institutionen, Tugenden u. s. w. ordnen sich zu einem Organismus zusammen, der durch den Gedanken der Selbstsucht in Bewegung gesetzt wird. Diese Triebkraft aber offenbart sich nur in der Structur und Thätigkeit des Ganzen, nicht der einzelnen Theile; letztere werden nicht selbständig durch dies Motiv, sondern durch das Bedürfniß des Gesammtorganismus bestimmt, und gerade dadurch, daß sie den unmittelbaren Einflüssen der Selbstsucht nicht ausgesetzt sind, werden sie um so geeignetere Werkzeuge derselben. Die Virtuosität der römischen Selbstsucht bewährt sich daran, daß sie stets den Gesammtzusammenhang vor Augen hat und nie auf Kosten desselben eine momentane Befriedigung erstrebt.

Machen wir dies durch Beispiele klar. Die kleinliche, kurzsichtige Selbstsucht hat nur den einzelnen Vortheil im Auge, sie verfolgt ihn nöthigenfalls auf Kosten des Rechts, der Ehre, des Vaterlandes, kurz in einer Weise, die, wenn sie allgemein wäre, die zweckwidrigste von der Welt wäre. Der Römer hingegen weiß, daß sein individuelles Wohl durch das des Staats bedingt ist, sein Egoismus umspannt also mit ersterem zugleich auch den Staat. Er weiß, daß strenge Befolgung und Handhabung der Gesetze dem allgemeinen und folglich auch seinem eigenen Interesse entspricht. Er weiß, daß Vortheile, die durch Ehrlosigkeit, Feigheit u. s. w. erkauft werden, bloß scheinbare sind, daß die Selbstsucht nur in Verbindung mit der Ehre, Tapferkeit, Rechtlichkeit u. s. w. dauerhafte Resultate erringen kann. Dies Wissen ist aber zugleich ein Sollen und Wollen, d. h. das nationale Pflichtgefühl gebietet dem Römer eine solche Handlungsweise, und die Energie des Volks bewährt sich daran, daß dasselbe diesem Pflichten-Codex der nationalen Selbstsucht unverbrüchlich nachlebt. So verfolgt denn der Römer nicht den subjectiven Vortheil auf Kosten des Staats, nicht den momentanen Gewinn auf Kosten des Endziels, nicht die materiellen Güter auf Kosten der immateriellen, sondern er ordnet das relativ Niedrige dem relativ Höhern, das Einzelne

dem Allgemeinen unter.[228a]) Und schließlich alles dies doch nur im Interesse einer weitsichtigen Selbstsucht. Faßt man eine einzelne Tugend ins Auge, die Tapferkeit, die Vaterlandsliebe, die Achtung vor dem Gesetz u. a., so ist die Beziehung derselben zur Selbstsucht gar nicht wahrzunehmen, ja sie scheint geradezu eine Entäußerung derselben zu enthalten. Es ist nicht anders, als wenn man aus dem Leben eines Individuums einzelne Akte der Selbstüberwindung herausgreifen wollte, die in der That weit entfernt, eine Verläugnung egoistischer Gesinnung zu bezeugen, gerade eine Bethätigung derselben enthalten — jene Opfer der relativ niedrigen Regungen der Selbstsucht, die um so unerläßlicher sind, je entfernter und großartiger das endliche Ziel ist, das man sich gesteckt hat. Die römische Selbstsucht beschränkt sich darauf, den Operationsplan zu dictiren, jeder Kraft die richtige Stellung anzuweisen und ihr die Behauptung derselben zur Pflicht zu machen. Diese Kräfte und Bestrebungen aber nehmen die Vorstellung des großen Ziels, so wie das Bewußtsein, daß ihre Thätigkeit zur Erreichung desselben unerläßlich ist, mit sich auf den Weg. Dies genügt ihnen, damit ist ihre Selbstsucht abgefunden, und jetzt reflectiren, fragen und zweifeln sie nicht, sondern sie handeln und handeln mit ganzer Hingebung, unermüdlicher Ausdauer, voller Energie.

So läßt sich der römische Charakter mit seinen Tugenden und Fehlern als das System des disciplinirten Egoismus bezeichnen. Der Hauptgrundsatz dieses Systems ist, daß das Untergeordnete dem Höhern, das Individuum dem Staat, der einzelne Fall der abstracten Regel, der Moment dem dauernden Zustand geopfert werden müsse. Diese Anforderung, objectiv in

---

228a) In dieser rein utilitarischen Weise hat Bentham den Tugendbegriff überhaupt erfassen wollen. „Die Tugend ist die Aufopferung eines schwächeren Interesses für ein stärkeres, eines augenblicklichen für ein dauerhaftes, eines ungewissen für ein gewisses.“ Principien der Gesetzgebung herausgegeben von Dümont (Uebersetzung, Köln 1833. S. 23). Diese Definition hätte einem alten Römer Ehre gemacht.

der That nichts als ein Ausfluß der Zweckmäßigkeitsidee, ist durch die nationale Ansicht zur ethischen Nothwendigkeit, Sittlichkeit, Pflicht gestempelt, und die gewaltige moralische Kraft des römischen Volks bewährt sich vor allem an der Bereitwilligkeit, mit der es sich diesem, wenn ich so sagen darf, conventionellen Pflichtencodex fügt, sich der durch die bloße Nützlichkeitsidee dictirten Nothwendigkeit unbedingt unterwirft. Sich selbst zu bezwingen ist schwerer als Andere. Ein Volk, dem bei der höchsten Freiheitsliebe dennoch die Tugend der Selbstüberwindung zur zweiten Natur geworden, ist zur Herrschaft über andere berufen. Aber der Preis der römischen Größe war freilich ein theurer. Der unersättliche Dämon der römischen Selbstsucht opfert Alles seinem Zweck, das Glück und Blut der eigenen Bürger wie die Nationalität fremder Völker. Gemüth und Phantasie schrecken vor seinem eisigen Hauch zurück, die Grazien fliehen seine Nähe; für ihn selbst hat nur Werth, was Zweck oder Mittel zum Zweck ist. Die Welt, die ihm gehört, ist eine frostige, der schönsten Güter beraubte, eine Welt der abstracten Maximen und Regeln — eine großartige Maschinerie, bewundernswürdig durch ihre Festigkeit, die Gleichmäßigkeit und Sicherheit, mit der sie arbeitet, durch die Kraft, die sie entwickelt, alles zermalmend, was sich ihr widersetzt, aber eben eine Maschine; ihr Herr war zugleich ihr Sklave.

Die bisherige Darstellung hat uns den Weg gebahnt zu einer Aufgabe, mit der wir uns dem eigentlichen Gegenstand dieser Schrift, dem Recht, wieder nähern. Es ist die Prädestination des römischen Volks zur Cultur des Rechts. Das Recht ist der höchste Elevationspunkt der römischen Welt. Wer sie und das römische Wesen kennen lernen will, muß sich auf diesen Punkt versetzen. Nicht bloß die Sinnes- und Denkweise der Römer, sondern ihre ganze moralische und intellectuelle Begabung tritt uns hier in klarster, schärfster Beleuchtung entgegen. Wer die Schriftzüge des Rechts zu lesen versteht, dem melden sie mehr von den Römern, als alle Berichte ihrer Historiker.

Aus der obigen Entwicklung über das Wesen des römischen

Geiſtes ergibt ſich, warum und nach welcher Seite hin derſelbe in ſo hohem Grade zur Cultur des Rechts berufen war. Das Recht iſt die Religion der Selbſtſucht,[228b]) am Recht kann und darf die Idee der objectiven Zweckmäßigkeit wenn auch nicht ausſchließlich, ſo doch in einem ausgezeichneten Grade ſich bethätigen, und gerade nach dieſer Seite hin hat der römiſche Geiſt das Recht erfaßt und ausgebildet. Den Römern iſt es von alters her gelungen, das Recht aus dem Bereich des Gemüths und Gefühls in das des berechnenden Verſtandes zu verſetzen, aus dem Recht einen von den Einflüſſen der momentanen ſubjectiv-ſittlichen Anſicht unabhängigen, äußern Mechanismus zu machen, den Jeder, ſei er Römer oder Nichtrömer, ſobald er die Conſtruction deſſelben kennen gelernt hat, handhaben kann. Dieſe Losreißung des Rechts vom ſubjectiv-ſittlichen Gefühl, ſeine Veräußerlichung und Objectivirung iſt für die Geſchichte des Rechts daſſelbe, was für die Culturgeſchichte die Erfindung der Buchſtabenſchrift — das Recht iſt damit darſtellbar und lesbar geworden. Sie bezeichnet den Sieg der Zweckmäßigkeitsidee über das ſubjective Sittlichkeitsgefühl: erſt von jetzt an kann erſtere ihre Thätigkeit am Recht ungeſtört entfalten.

Nicht der einzelne Fall aber iſt Object ihrer Thätigkeit, ſondern die abſtracte Regel. Der einzelne Fall wird der allgemeinen Regel untergeordnet, geopfert; es iſt dieſelbe Hingabe des relativ Niedrigen an das Höhere, die wir oben (S. 325) als charakteriſtiſchen Zug der römiſchen Zweckmäßigkeitstheorie haben kennen lernen. Dieſe Unterordnung iſt ein Poſtulat der Zweckmäßigkeit, ſie gewährt dem Verkehr erſt die nöthige Sicherheit, indem ſie ihm gleichmäßige, im voraus zu berechnende Entſcheidungen der Rechtsſtreitigkeiten in Ausſicht ſtellt. Die praktiſche

---

228b) Dieſer Ausſpruch iſt von Röder Grundzüge des Naturrechts B. 1 S. 61 Aufl. 2 fälſchlich ſo verſtanden, als hätte ich damit das Weſen des Rechts an ſich wiedergeben wollen, während ich doch angeben will, wie die Selbſtſucht daſſelbe erfaßt.

Verwirklichung dieser Unterordnung aber ist in der That nicht so leicht, wie sie scheint: nur zu oft setzt das subjective Rechtsgefühl ihr Widerspruch entgegen, und es gehört Charakterfestigkeit oder die Sicherheit einer habituellen juristischen Anschauungsweise dazu, um diesem Widerspruch jeden Einfluß auf sich zu versagen, die abstracte Regel der Regel wegen anzuwenden. Diese rücksichtslose Unterordnung des einzelnen Falls unter die abstracte Regel, ich möchte sie die Tyrannei der juristischen Disciplin nennen, war den Römern von früh auf eben so geläufig und verständlich als die unerbittliche Handhabung einer eisernen militärischen Disciplin im Felde. Wir werden sehen, daß das römische Recht der einen Eigenschaft nicht weniger seine Größe verdankt als der römische Staat die seinige der andern.

Nicht das sittliche Gefühl, nicht die Gerechtigkeit erfordert diese eiserne Disciplin — ich kann es nicht genug hervorheben, sondern bloß die Zweckmäßigkeit. Die wahre Gerechtigkeit begehrt etwas mehr als jene mechanische Gleichheit, die das Resultat einer solchen Tyrannei der todten Regel ist; die ächte, innere Gleichheit, die ihr entspricht, ist auf diesem Wege nicht zu gewinnen. Das unbefangene sittliche Gefühl sträubt sich dagegen, daß eine Rechtsfrage wie ein Rechenexempel gelöst, das Recht zu einer Maschine erniedrigt werden soll. Ich müßte die Charakteristik des zweiten Systems hier anticipiren, um nachzuweisen, wie sehr die oben entwickelte Richtung des römischen Geistes auf praktische Zwecke vortheilhaft auf die technische Ausbildung des Rechts eingewirkt hat. Da im System des disciplinirten Egoismus das Recht eine Hauptstelle einnimmt, so lag es in der Natur der Dinge, daß die Römer ihr Hauptaugenmerk auf das Recht richten mußten.

Wie sehr die Römer diese Nöthigung begriffen, wie sehr es sie von jeher zum Recht hinzog, und welche hervorragende Stelle dasselbe im Gegensatz zur griechischen in der römischen Lebensanschauung einnahm, ist zur Genüge bekannt. Was dem Volke Gottes die Religion, dem griechischen die Kunst, das war den

Römern das Recht und der Staat: der Gegenſtand des Nationalſtolzes allen fremden Völkern gegenüber, der Punkt, an dem ſie ſich ihrer Ueberlegenheit am ſicherſten bewußt waren, der Magnet des Ehrgeizes und der Kraft. Wenn das Volk Gottes ſeine Propheten, wenn Griechenland ſeine Philoſophen, Künſtler und Dichter am höchſten ſtellte, ſo traf dieſe Verehrung in Rom die Bürger, die ſich um den Staat verdient gemacht oder das Recht ſei es durch ihre Handlungsweiſe, wie Brutus und Regulus, verherrlicht oder durch ihren Scharfſinn gefördert hatten. Welche Schätzung ein Volk für irgend einen Beruf, eine Kunſt oder Wiſſenſchaft u. ſ. w. empfindet, dafür bietet die Achtung, die es den Individuen, welche ſich dem fraglichen Beruf widmen, erweiſt, den untrüglichſten Maßſtab dar. Rom trieb die Künſtler aus der Stadt, die Perſonen geiſtlichen Standes bildeten als ſolche jedenfalls in ſpäterer Zeit nicht den Gegenſtand einer ſonderlichen Verehrung,[229]) wenigſtens genoſſen ſie keine eigentliche Liebe, aber die Juriſten haben ſich nirgends einer größeren Popularität, eines höhern Einfluſſes und höherer Achtung erfreut als in Rom. Die Anziehungskraft, welche das Recht auf die Römer ausübte, beruhte nicht bloß auf der Befriedigung, welche die Beſchäftigung mit ihm dem Verſtande und dem juriſtiſchen Sinne gewährte, das Recht war ihnen mehr als eine bloße Quelle intellectuellen Genuſſes und Wohlgefallens, es war ihnen ein Gegenſtand moraliſcher Erhebung. Nicht das ſtellten ſie zu oberſt, daß kein Volk ſo weiſe Geſetze, ſo erprobte Einrichtungen beſitze, kein Volk es in der Erkenntniß des Rechts ſo weit gebracht wie ſie; höher ſtand ihnen der Ruhm, daß nirgends das Recht die hohe Achtung, die rückſichtsloſe Anerkennung, die Sicherheit der unverbrüchlichen Verwirklichung finde, wie in Rom.[229a]) Dieſe moraliſche Achtung

229) S. den folgenden Paragraphen.

229a) S. die Ausſprüche bei Cicero de orat. I, 44; de off. II, 20 i. f. fundamentum ... justitia, sine qua nihil potest esse laudabile; de nat. deor. I, 2 una excellentissima virtus justitia. Val. Max. VI, 6 justitiae praecipuum et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas.

vor dem Recht, die bereitwillige Unterordnung des Römers unter die Satzungen des Rechts, die Gerechtigkeitsliebe des Volks, der Abscheu desselben vor Rechtsverletzungen, das Gefühl der Sicherheit, das in Rom das Recht verlieh, das Vertrauen auf den Sieg desselben, kurz der gesunde kräftige männliche Rechtssinn, das war es, was den Römer mit Stolz erfüllte. Glänzende Proben einer solchen Gesinnung stellte die öffentliche Meinung ebenso hoch, wie es grobe Verstöße gegen dieselbe brandmarkte. Eine Rechtsverletzung führte den Sturz des Königthums und des Decemvirats herbei; den Anfang der neuen Zeit, die Einführung der Republik, bezeichnete ein Triumph der Gerechtigkeit über die elterliche Liebe, die Hinrichtung der Söhne des Brutus durch den eigenen Vater — ein Seitenstück zu dem Strafgericht des Romulus an seinem Bruder (Note 19[a]), mit dem die Gründung Roms begonnen hatte — jeder wichtige Moment der älteren Geschichte ist durch einen Triumph der Rechtsidee verherrlicht.

Diese moralische Macht des Rechts über die Gemüther verläugnete sich auch im Verkehr mit fremden Völkern nicht. Mit welcher Spitzfindigkeit der römische Staat es auch verstand, ihnen aus dem Buchstaben des Rechts einen Strick zu drehen und die Politik in den Mantel des Rechts zu hüllen: ihre Politik erkannte sich gebunden durch die Principien des Rechts und wagte ihnen nicht offen Hohn zu sprechen. Dieselben völkerrechtlichen Grundsätze, die Rom gegen andere Völker geltend machte, erkannte es in ihrem ganzen Umfang ebenfalls gegen sich selbst an. Einem solchen Volke war es daher auch Bedürfniß und blieb es vorbehalten, den privatrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen zuerst juristisch zu organisiren (jus gentium).

Haben wir im bisherigen die vorwiegende Richtung des römischen Geistes auf das Recht als eine nothwendige zu zeigen versucht, so reiht sich daran die Frage, welche Mittel standen demselben zu Gebote, um seine Aufgabe am Recht zu erfüllen, welchen Umständen, welchen Eigenschaften des römischen Volks u. s. w. haben wir es zuzuschreiben, daß ihm jene Aufgabe in einem so hohen

Grade gelang. In der Regel beantwortet man dieſe Frage mit einer Verweiſung auf die intellectuelle Begabung der Römer, ihren ſcharfen, zerſetzenden Verſtand, ihren praktiſchen Takt u. ſ. w., und der Einfluß dieſes Moments liegt offen vor. Aber was man nur zu oft vergißt, und was doch meiner Anſicht nach für das ältere Recht ungleich weſentlicher iſt, iſt die moraliſche Kraft, die Willensenergie des römiſchen Volks.

Das Recht iſt nicht Ueberzeugung, Anſicht, Wiſſen u. ſ. w. kurz keine intellectuelle Potenz, ſondern eine moraliſche, es iſt Wille. Nur der Wille vermag dem Recht das zu geben, worin das Weſen deſſelben beruht — die Wirklichkeit, nur er hat eine real geſtaltende, ſchöpferiſche Kraft. Ein Volk möge immerhin intellectuell noch ſo begabt ſein; fehlt ihm die moraliſche Kraft, die Energie und Beharrlichkeit des Willens, ſo wird das Recht bei ihm nie gedeihen. Seine Geſetze ſind nichts anders als die guten Vorſätze eines charakterloſen Menſchen, Eingebungen des Augenblicks, welche die Wirklichkeit Lügen ſtraft und der folgende Augenblick verdrängt. Nur diejenigen Rechtsſätze und rechtlichen Inſtitutionen haben feſten Beſtand, die wie die Vorſätze eines charakterfeſten Menſchen die Willenskraft hinter ſich haben, und dieſer Beſtand iſt wiederum die Vorausſetzung ihrer techniſch-juriſtiſchen Durchbildung und Vollendung. Wie kann das geiſtige Auge des Verſtandes ein Recht erforſchen, das ſich im ewigen Zuſtande des Zitterns und Schwankens befindet? und dies iſt der Fall, wenn der nationale Wille nicht die Kraft beſitzt, es mit feſter Hand zu halten. Wie wenig verlockend, wie undankbar entgegengeſetzten Falls der Beruf des Juriſten, der unſtäten, wankelmüthigen Wirklichkeit eine Theorie abzugewinnen! Die beſſern geiſtigen Kräfte der Nation wenden ſich mit Unmuth von dieſer Beſchäftigung ab; die philoſophiſche Ergründung des Rechts mag ſie anziehen — die juriſtiſch-praktiſche und theoretiſche Bearbeitung des poſitiven Rechts wird es nicht vermögen. Darum kann eine Jurisprudenz nur bei einem willensſtarken Volk wahrhaft gedeihen; ohne Liebe, ohne Hingabe an ihre Aufgabe iſt ſie ein

kümmerliches Ding, dieſe Liebe aber iſt nicht möglich, wenn das Recht in ſich ſelber keinen feſten Halt hat. Und wo das Volk ihn nicht beſitzt, wie ſollte das Recht dazu kommen?

Kein Recht iſt geeigneter, uns dieſe Bedeutung des Willensmoments und dieſe Wechſelwirkung zwiſchen moraliſcher und intellectueller Kraft zu veranſchaulichen als das ältere römiſche. Was jene beiden Kräfte aus dem ältern römiſchen Recht gemacht haben, und wie ſie in den Inſtituten deſſelben im Einzelnen ſich bethätigt haben, wird das folgende Syſtem lehren, hier ſoll es unſere Aufgabe ſein, die Bedeutung des Willensmoments für das Gedeihen des älteren Rechts im Allgemeinen zu veranſchaulichen und damit zugleich die obige Behauptung über die Abhängigkeit der *techniſchen* Vollendung des *Rechts* von der *moraliſchen* Qualification des Volks des Nähern zu begründen.

Zwei Eigenſchaften des römiſchen Volks ſind es, die in der Geſchichte ſeines Rechts ſich unausgeſetzt bethätigen, und die ſich beide als Ausflüſſe und Merkmale eines feſten, energiſchen Willens darſtellen: die eiſerne *Conſequenz* und der zähe *conſervative Sinn*. Etwas *wirklich* wollen, heißt es *ganz* und *dauernd* wollen; Conſequenz und Ausdauer ſind die Kennzeichen und unzertrennlichen Begleiter des ächten Willens in Dingen des praktiſchen Lebens.

Der Verſtand mag die Conſequenzen ziehen, aber der Wille iſt es, der ſie verwirklicht. Wenn das römiſche Recht ſich mehr als irgend ein anderes durch ſeine ſtrenge Logik auszeichnet, ſo gebührt das Verdienſt nicht ſo ſehr dem Verſtande, der ſie *erkannte*, als dem Willen, der ſie *verwirklichte* d. h. ſich praktiſch ihr unterordnete. Dieſe bereitwillige Unterordnung des römiſchen Volks unter das Gebot der Conſequenz iſt viel bewundernswürdiger als die vorausgehende Anſpannung der Denkkraft. Andere Völker haben für die religiöſen Ueberzeugungen gelitten, das römiſche Volk für ſeine rechtlichen. Daß die römiſche Rechtswiſſenſchaft ein einfaches, conſequentes Recht vorfand, das war das *moraliſche* Verdienſt des frühern römiſchen Volks, das

trotz ſeines Freiheitsgefühls ſich das Joch einer rückſichtsloſen Conſequenz Jahrhunderte lang hatte gefallen laſſen. Daß es ein Joch war, und worin das Drückende deſſelben beſtand, wird das folgende Syſtem zeigen.

In enger Verbindung mit dem Geſagten ſteht die dem Kenner des römiſchen Rechts ſo gut bekannte eigenthümliche Weiſe der Römer, die unbequeme Conſequenz mit dem praktiſchen Bedürfniß durch Kunſtgriffe aller Art: Scheingeſchäfte, Umwege, Fictionen (§ 56—58), zu vermitteln. Der moraliſche Widerwille der Römer gegen eine Mißachtung der einmal anerkannten Principien drückt und preßt, möchte ich ſagen, den Verſtand, ſeinen ganzen Scharfſinn aufzubieten, um Mittel und Wege zu finden, durch die jene Verſöhnung der Conſequenz mit dem praktiſchen Bedürfniß ſich erreichen läßt. Die Noth macht erfinderiſch. Allerdings tragen die Erfindungen, welche ſie den Römern eingegeben hat, mitunter ein höchſt ſeltſames, faſt abentheuerliches Gepräge, und der Nichtjuriſt wird ſich eher verſucht fühlen, ſie zu verlachen und zu verſpotten, als in ihnen eine beachtenswerthe Leiſtung zu erblicken, aber gleichwohl ſteht es doch feſt, daß der Conflict zwiſchen der Conſequenz und dem praktiſchen Bedürfniß die juriſtiſche Erfindungsgabe der Römer zum größten Vortheil der techniſchen Vollendung des Rechts in hohem Grade angeſpannt hat. Ein minder willenskräftiges Volk wird dieſen moraliſchen Nothſtand und damit auch den vortheilhaften Einfluß deſſelben auf die juriſtiſche Ausbildung ſeines Rechts nie erproben; wo die Conſequenzen des Rechts zu praktiſchen Unzuträglichkeiten führen, ſetzt es ſich einfach über ſie hinweg.

Ganz denſelben Einfluß äußerte die zweite oben genannte nationale Eigenſchaft der Römer: ihr conſervativer Sinn. Auch ſie bewährte ſich als ein ſehr wirkſamer Hebel der juriſtiſchen Erfindungskraft. Die Bedürfniſſe der Gegenwart mit den Traditionen der Vergangenheit zu vermitteln, erſteren gerecht zu werden, ohne nach Form und Inhalt mit den Ueberlieferungen der Vorzeit zu brechen, den Verkehr zu disciplíniren, die rechtsbildende Kraft

in die gewohnten Bahnen zu leiten, das war Jahrhunderte lang in Rom der edle ächt vaterländiſche Beruf der juriſtiſchen Kunſt. In demſelben Maße, in dem die Schwierigkeiten dieſer Aufgabe ſich ſteigerten, ſtieg ſie ſelbſt.

Auch der Orient iſt conſervativ, er ſteht mit ſeinen Anſchauungen und Einrichtungen im Weſentlichen noch heute auf derſelben Stufe, wie vor einem Jahrtauſend. Aber der Conſervativismus des Orients iſt nur die Kehrſeite einer negativen Eigenſchaft: der mangelnden Bildungsfähigkeit, er iſt nicht das Erzeugniß der Kraft, ſondern der bloßen vis inertiae. Und auch auf heimiſchem Grund und Boden begegnen wir nicht ſelten einer Sinnesweiſe, die ſich für conſervativ auszugeben liebt: der Conſervativismus des Eigennutzes, der Bequemlichkeit, der Angſt, welcher nicht den Muth hat einer neuen Zeit ins Angeſicht zu blicken und durch ſeine Kurzſichtigkeit ſeinen eigenen Beſtrebungen mehr hinderlich als förderlich wird. Das iſt nicht der Conſervativismus Roms. Die Römer haben ſich nie geſcheut einer neuen Zeit gerecht zu werden, alte Einrichtungen, die ſich überlebt hatten, fallen zu laſſen, neue einzuführen, und der flüchtigſte Blick auf das römiſche Recht genügt um ſich zu überzeugen, daß im Innern deſſelben die gewaltigſten Umwälzungen vor ſich gegangen ſind. Aber dieſe Umwälzungen waren nicht das Werk einer wilden ſtoßweiſe wirkenden und raſch ſich erſchöpfenden Kraft, ſondern ſie vollzogen ſich höchſt allmählig und unmerklich. Schüchtern und faſt verſtohlen treten die neuen Ideen und Tendenzen in die Wirklichkeit, Schritt vor Schritt müſſen ſie ſich ihr Terrain erobern, denn das Beſtehende ſetzt ihnen einen zähen Widerſtand entgegen, und ihr endlicher Sieg iſt nur das Werk und der Preis des unwiderſprechlich dargelegten Uebergewichts ihrer Kraft.[230] Aber dieſer

230) Dieſe Langſamkeit der Entwicklung geben die Römer ſelbſt als Grund der Vorzüglichkeit ihrer Verfaſſung an. S. z. B. Cicero de republ. II. c. 1 ... ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus ... quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculorum.

Mühſamkeit und Langſamkeit des Bildungsprozeſſes entſpricht die Feſtigkeit des Products; die Eiche wächſt außerordentlich langſam, aber ihr Holz iſt auch ein ganz anderes als das der Pappel. Was leicht erworben, wird auch leicht wieder aufgegeben, was mühſam errungen, hartnäckig behauptet — das iſt ein Satz, der ebenſo gut für die Völker wie für die Individuen gilt.

Ein Volk, das wie das römiſche und das engliſche feſt am Alten hängt und dem Neuen nur weicht, wenn der Widerſtand unmöglich geworden, hält dieſes Neue andererſeits auch um ſo feſter; dieſelbe Kraft, die ihm bisher den Zutritt erſchwerte, wendet ſich ihm zu, ſobald es denſelben erzwungen hat.

Eine Kraft aber iſt es und nicht die bloße vis inertiae, in der die conſervative Tendenz des römiſchen Volks ihren Grund hat; es iſt die Kraft, mit der ein feſter Charakter die Grundſätze befolgt, die er ſich einmal gebildet hat, und an dem feſthält, was er einmal für wahr und recht erkannt hat.[231])

Als ſchwerſte Probe für die Bethätigung dieſer Kraft und zugleich als glänzendſtes Zeugniß derſelben erſcheinen in meinen Augen die großartigen Gegenſätze, die das römiſche Volk im Lauf ſeiner Geſchichte zu beſtehen hatte, und die Art, wie es ihrer Herr ward. Es ſind deren drei. Der erſte fällt auf die Entſtehungsepoche des römiſchen Volks, er iſt ſchon oben (S. 313) behandelt, der zweite iſt der der Patricier und Plebejer, der dritte der des jus civile und des jus gentium. Welches Schauſpiel äußerſter Kraftentfaltung vergegenwärtigt uns jener über Jahrhunderte ſich hinziehende Kampf der Patricier und Plebejer, wie gewaltig war hier der Stoß und Gegenſtoß, wie verderblich hätte derſelbe einem Volk und Staatsweſen werden können von minderer Feſtigkeit als das römiſche. Aber weit entfernt, die nationale Kraft zu lähmen oder zu ſchwächen, hat dieſer Kampf umgekehrt dieſelbe geſtählt,

231) Ueber den ethiſchen und politiſchen Werth dieſer Mühſeligkeit der Entwicklung des Rechts habe ich inzwiſchen Gelegenheit gehabt mich an anderer Stelle auszuſprechen, ſ. meinen Kampf ums Recht. Wien 1872. S. 20.

indem er ſie zur äußerſten Anſpannung zwang, und der Gegenſatz des conſervativen und retardirenden Elements, wie es ſich in den Patriciern, und des progreſſiven und treibenden, wie es ſich in den Plebejern darſtellte, hat, anſtatt die Entwicklung des Rechts zu gefährden, ihr umgekehrt jenen Charakter des einheitlichen, planmäßigen, continuirlichen Fortſchrittes aufgeprägt.

Der Verlauf des dritten Gegenſatzes iſt ein völlig friedlicher, durch den Hader der politiſchen Partheien in keiner Weiſe beeinflußter. Aber gleichwohl: welchen Kraftaufwand beſchwor auch er herauf! Galt es doch bei ihm, gewiſſermaßen Rom in Rom ſelber zu verläugnen, ſich los zu machen von den überkommenen Ideen, ohne ſie aufzugeben, zwei Anſchauungsweiſen im Recht: die nationalrömiſche und eine kosmopolitiſche als zwei gleichberechtigte ſich gegenüber zu ſtellen und durch das geſammte Syſtem durchzuführen, bei dem einen Inſtitut römiſch zu denken, bei dem andern nicht römiſch. Dem erprobten Denker mag es nicht ſchwer fallen, zwei philoſophiſche Syſteme in ihrer ganzen Gegenſätzlichkeit in der Weiſe zu erfaſſen und zu beherrſchen, daß er auch in den entlegenſten Schwingungen des Grundgedankens letzteren ſofort wiedererkennt, aber mit dieſer bloßen Virtuoſität des Denkens allein war jener Gegenſatz im römiſchen Recht nicht zum Austrag zu bringen, denn es handelte ſich bei ihm nicht um einen wiſſenſchaftlichen Gegenſatz, der *erkannt*, ſondern einen praktiſchen, der *ertragen* werden ſollte, alſo nicht um eine bloß intellectuelle, ſondern eine moraliſche Kraftbethätigung, um einen Dualismus des *Rechts*, eine Conceſſion ähnlich derjenigen, wie wenn ein bisher ſtreng confeſſioneller Staat einer andern Confeſſion die Gleichberechtigung zugeſteht und in allen Punkten gewiſſenhaft durchführt. Das iſt eine *That*, und eine ſolche That war es in meinen Augen auch, und darum erblicke ich in ihr eben nicht bloß eine wiſſenſchaftliche Leiſtung, ſondern eine moraliſche Kraftprobe, daß das römiſche Volk ſein ganzes Recht dualiſtiſch geſtaltete, ohne ſich durch die Beſorgniß beirren zu laſſen, daß es dadurch

ſich ſelber und ſeinem Weſen Abbruch thun könne — es war die Selbſterprobung des nationalen Sicherheitsgefühls.

Noch einmal taucht in der Geſchichte Roms ein Gegenſatz auf, der ein Anrecht zu haben ſcheint hier genannt zu werden: der der Republik und der Monarchie. Auch er zieht ſich über mehrere Jahrhunderte hin, äußerlich ſtehen Republik und Monarchie noch bis ins dritte Jahrhundert hinein ſich gegenüber, aber eben auch nur äußerlich, denn was von der Republik noch geblieben, war äußerer Schein, bloße Form, und dieſer Dualismus, weit entfernt, einen abermaligen Beleg für die Kraft des römiſchen Geiſtes in der Ertragung und Durchführung der Gegenſätze zu liefern, gewährt umgekehrt nur einen Beweis dafür, daß es mit dieſer Kraft zu Ende war.

Aber unſere Leſe iſt gleichwohl mit den drei obigen Probeſtücken nicht beſchloſſen. Welche reiche Ausbeute für unſern Geſichtspunkt eröffnet ſich uns noch, wenn wir die Gegenſätze ins Auge faſſen, welche die römiſche Welt im übrigen in ſich ſchließt! Auf der einen Seite die Volksſouveränetät und der ganze Trotz des privatrechtlichen Unabhängigkeitsſinnes, auf der andern die freigebigſte Ausſtattung der Magiſtratur, die eiſerne Zucht des Feldherrn außerhalb und zur Zeit der Noth das unumſchränkte Regiment des Dictators ſelbſt innerhalb Roms; hier das verſchloſſene Haus mit der vollen Hausſouveränetät, dort der Cenſor, der wie ein Hofmeiſter die Geheimniſſe des Hauſes vor ſeinen Richterſtuhl zieht; hier die höchſte Eiferſucht der Freiheit und daneben die Popularität eines Beamten, der, anſtatt dem Volk zu ſchmeicheln, nach Art eines Königs ſein Amt verſah, und das volle Verſtändniß des Volks für die Größe und Berechtigung einer derartigen Herrſchernatur.

Und wenn wir ſchließlich noch einen Blick auf den Mechanismus der römiſchen Verfaſſung werfen: welche Fülle der Gegenſätze auch hier! Statt eines Beamten für jede höhere Machtſtellung zwei, von denen der eine den andern lahm legen konnte, gleich als ob an jeder Stelle erſt der Widerſpruch überwunden werden müßte, um ein gedeihliches Reſultat zu geben, und daneben noch im

Gegenſatz zu der patriciſchen Magiſtratur die plebejiſche Inſtitution der Tribunen, die planmäßige Verkörperung der politiſchen Negative. Beim Volk wiederum derſelbe Dualismus: zwei verſchiedene Arten der Volksverſammlung: die Centuriat- und Tributcomitien. Daneben der Senat mit ſeiner elaſtiſchen Machtſtellung, insbeſondere mit dem Recht der Ungültigkeitserklärung der Geſetze und Wahlen, ein Recht, das zwar nicht ſeiner Idee nach, wohl aber praktiſch die Möglichkeit einer Negation des Volkswillens in ſich ſchloß. Aber trotz aller dieſer ſcheinbar ſich gegenſeitig negirenden Gewalten und trotz der harten Conflicte, die ſich nicht ſelten zwiſchen ihnen abſpannen, dennoch ein befriedigendes Geſammtreſultat — Kraft, Ordnung, Einheit! Woher? Die Antwort iſt im bisherigen enthalten: die römiſche Kraft konnte alle dieſe Gegenſätze ertragen; woran manch' anderes Volk zu Grunde gegangen wäre, dadurch ward Rom groß, der Gegenſatz, der Widerſpruch, der Kampf war für Rom in ſeiner guten Zeit nur die Uebung der Kraft.

Die bisherige Ausführung hatte den Zweck, gegenüber einem verbreiteten Vorurtheil, welches den Grund der Vorzüglichkeit des römiſchen Rechts ausſchließlich in die intellectuelle Begabung der Römer verlegt, die Bedeutung des moraliſchen Elements für dieſe Frage einmal mit allem Nachdruck zu betonen. Ich darf aber, nachdem ich nach beiden Seiten hin: der intellectuellen wie moraliſchen die günſtige Prädisposition des römiſchen Volks für die Cultur des Rechts nachgewieſen zu haben glaube, nicht unterlaſſen, ſchließlich noch eines Umſtandes zu gedenken, der einen höchſt förderlichen Einfluß ausgeübt hat. Er iſt zwar äußerlicher, aber nicht bloß zufälliger Art. Ich meine die Concentration des römiſchen Lebens auf die Stadt Rom. Von welchem Einfluß dieſer Umſtand auf die Entwicklung des Rechts geweſen iſt, liegt ſo offen zu Tage, daß jedes Wort darüber verloren ſein würde; man braucht nur den Fall zu ſetzen, der ja ſpäter bei uns in Deutſchland eintrat und die Entwicklung unſeres einheimiſchen Rechts ſo außerordentlich beeinträchtigt hat, daß Rom ſtatt eines Centralpunktes

für das Recht und die Jurisprudenz deren eine ganze Anzahl beſeſſen hätte, um den Einfluß, den Rom jenem Vorzug verdankt, vollkommen zu würdigen. Aber ich glaube, jene Concentration für Rom eben ſo wenig als eine bloß geographiſche Thatſache auffaſſen zu ſollen, als wir Deutſchen unſere einſtige politiſche Zerſplitterung lediglich unter dieſem Geſichtspunkte betrachten dürfen, ſondern ich erblicke in ihr eine That des römiſchen Geiſtes, die Bethätigung einer Eigenſchaft, die ich nicht verſchweigen darf, wenn meine Charakteriſtik deſſelben vollſtändig ſein ſoll. Ich meine die centraliſirende Kraft deſſelben. Nicht die lokale Centraliſirung des geſammten nationalen Lebens: des politiſchen, der Religion, des Rechts, der Cultur auf die Stadt Rom iſt es, was mich zur Annahme dieſer Eigenſchaft beſtimmt, ſondern ich meine, daß ſich dieſelbe in unverkennbarſter Weiſe auch im Recht und ſeinen Begriffen ausprägt; es wird mir im Verlauf meines Werkes nicht an Gelegenheit fehlen, dies an manchen Beiſpielen nachzuweiſen.

2. Verhalten des römiſchen Geiſtes zu den gegebenen Ausgangspunkten.

XXI. Was hat das römiſche Volk aus jenem im bisherigen nachgewieſenen Kapital gemacht, mit dem es in der Geſchichte auftritt? Darauf kann erſt das zweite Syſtem uns die poſitive Antwort geben, aber nach der negativen Seite hin können und müſſen wir die Frage ſchon hier beantworten d. h. uns ſchon hier darüber klar werden, was es nicht mitnahm oder was, wenn es auch äußerlich, wie es einmal in der Weiſe der Römer lag, mit fortgeführt ward, doch innerlich ſchon früh abſtarb und kein lebenskräftiges Glied des Rechts zur Blüthezeit der Republik mehr bildete.

Wir beginnen mit dem religiöſen Princip, weil gerade dieſes zuerſt von jenem Schickſal ereilt wird. Heftet man ſeinen Blick auf die äußere Erſcheinung, ſo ſollte man glauben, daß daſſelbe ſich noch lange in Rom ſeines urſprünglichen Einfluſſes erfreut habe. Wohin man ſieht, im öffentlichen wie im Privatleben,

drängt ſich bis gegen das Ende der Republik die Religion in den Vordergrund; kein wichtiger Akt, dem ſie nicht aſſiſtirt. Und trotzdem muß ich entſchieden in Abrede ſtellen, daß die Religion in Rom zur Zeit der Republik auf Recht und Staat einen beſtimmenden Einfluß ausgeübt hat.[232]) Nicht darauf kommt es an, ob ſie äußerlich überall hervortritt, an Allem Antheil nimmt, ob ihre Formen beobachtet, ihre Gebote befolgt werden — dies Alles war der Fall, und doch beweiſt es nichts. Das Weſentliche iſt, daß der römiſche Geiſt die Religion in das Verhältniß eines Mittels zum Zweck herabdrückte, daß ſie im römiſchen Staat nicht Herrin, ſondern Dienerin war. Nicht als ob ich meinte, daß die Römer in bewußter Schlechtigkeit mit dem Heiligſten ihr Spiel getrieben hätten,[233]) ſondern ich behaupte nur, daß es eine im römiſchen Weſen liegende Nothwendigkeit war, unbewußt und inſtinctartig alle Dinge ſeinen Zwecken unterzuordnen, ihnen diejenige Seite abzugewinnen, nach der hin ſie für dieſe Zwecke die größte Brauchbarkeit beſaßen.

Meine Beweisführung wird ſich ſelbſtverſtändlich derjenigen Seite der römiſchen Religion und Kirchenverfaſſung zuzuwenden haben, die zu Staat und Recht eine praktiſche Beziehung hatte. Die ausſchließlich religiöſe Seite derſelben hat für uns nur ein negatives Intereſſe, inſofern ſie uns nämlich zeigt, wie weit ſie hinter der erſten zurückſtand. Die Prieſterthümer, die dieſer Seite angehörten,[234]) waren als politiſch einflußlos wenig geſucht und darum

232) Die gangbare Anſicht iſt von der hier vorgetragenen freilich ſehr verſchieden, aber ich habe mich von ihrer Richtigkeit nicht zu überzeugen vermocht.

233) So faßte man früher wohl die Sache auf, und Polybius VI, 56 ging mit einem ſchlechten Beiſpiel voran. Er betrachtet die römiſche Religion bloß als ein Mittel, beſtimmt, die große Menge durch Furcht vor den Göttern in Zaum zu halten, von dem herrſchenden Stande mit dieſer bewußten Intention ausgebildet und in Anwendung gebracht.

234) Die Pontifices, Augurn, Fetialen und X viri, ſpäter XV viri sacris faciundis, welche die ſibylliniſchen Bücher unter Aufſicht hatten, hatten eine

von den Plebejern bei ihren Kämpfen um die geiſtlichen Stellen gar nicht begehrt.[235]) Bei der Aeußerlichkeit der ganzen römiſchen Religiöſität läßt ſich an einen ſittlichen Einfluß der Prieſter auf das Volk, wie er anderwärts ſo oft vorkommt, gar nicht denken. Bei einem wirklich religiöſen Volke beſchränkt die Religion ſich nicht auf ſich ſelbſt, auf ihre Dogmen und Formen, ſondern ſie durchdringt und erfaßt das ganze ſittliche Leben der Nation. Der Beruf der Prieſter iſt dem entſprechend von derſelben Ausdehnung, ſie ſind die moraliſchen Bildner des Volks und haben als ſolche den größten Einfluß auf daſſelbe. Ganz anders bei den Römern. Die Prieſter ſind hier bloß Diener der Götter, und ihre Aufgabe beſchränkt ſich auf die Verrichtung oder Ueberwachung des äußern Dienſtes, das religiöſe Dogma tritt dem gegenüber in den Hintergrund, ja kommt in den letzten Jahrhunderten der Republik faſt ganz in Vergeſſenheit, ſo daß jener Dienſt vielfach nichts als eine mechaniſche Vornahme unverſtandener und dadurch bedeutungslos gewordener Formen ward und nur durch die Macht der Gewohnheit ſich erhielt, ohne inneres Bedürfniß und Verſtändniß; der religiöſe Sinn fand ſeine Befriedigung mehr außerhalb als innerhalb der Staatskirche. Bei einer ſolchen Beſchränkung auf das rein Ceremonielle konnten dieſe Prieſter keinen Einfluß aufs Leben gewinnen, und was keinen Einfluß hatte, war in Rom auch wenig geachtet.[236]) Einen ſehr charakteriſtiſchen Gegenſatz zu ihnen bildet die ſittenrichterliche

---

ganz andere Stellung und ſind hier nicht gemeint, ſondern nur die eigentlichen Geiſtlichen: die flamines, der rex sacrificulus, die Veſtalinnen u. ſ. w.

235) Es kam vor, daß ausſchweifende junge Leut: zur Strafe vom Pont. max. zu flamines beſtimmt wurden (capti). Liv. XXVII, 8.

236) Siehe z. B. Liv. XXVII, 8. Die flamines Diales hatten das Recht im Senat zu erſcheinen, wagten aber nicht, es auszuüben . . . rem intermissam per multos annos ob indignitatem priorum flaminum, und als C. Flaccus es zum erſten Mal wieder in Anſpruch zu nehmen wagte und ſeinen Anſpruch durchſetzte, war, wie Livius ſagt, nur eine Stimme darüber: magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem eam flaminem obtinuisse.

Gewalt des Censors; die von der Religion versäumte Moral wird Sache der Staatsverwaltung, und der weltliche Beamte übernimmt das Amt des moralischen Lehr- und Zuchtmeisters.

Ungleich anziehender und lehrreicher ist die praktisch-politische Seite des römischen Religionswesens. Wir haben oben (§. 18) nachgewiesen, in welchem Maße die Religion das ganze alte Staatswesen und Recht durchdrang. Die Anschauung, aus der diese Einwirkungen hervorgegangen waren, war sicherlich eine echt religiöse gewesen, aber sie selber schwand, und die äußern Einrichtungen blieben.

Schon die römische Königszeit ist nicht mehr von jener Gesinnung beseelt, aus der diese Einrichtungen hervorgegangen sind,[237]) der Anfang der Republik und die ersten Jahrhunderte derselben bezeichnen aber eine entschiedene Hintenansetzung der religiösen Traditionen,[238]) motivirt freilich durch dringende Umstände,

---

237) Ich freue mich, für diese Ansicht eine Autorität wie die von Ambrosch in seinen öfter citirten Studien u. s. w. S. 57 anführen zu können: „So viel ist gewiß, daß jener Zustand der Ruhe und Einförmigkeit, in welchem allein jenes an tausend Observanzen geknüpfte Priesterthum und Religionssystem entstehen konnte, schon in der Königszeit Aenderungen erlitt. Die Sage hat diesen Uebergang von Religion und Frieden zu Irreligiösität und Unfrieden, diese Verwandlung eines geistlichen Königthums in ein weltliches, nicht anzudeuten vergessen. Der Eroberer Tullus ist der alten Satzungen der Religion unkundig, vernachlässigt sie, erscheint als Feind der Götter. Sein Nachfolger, mit welchem unverkennbar ein höheres politisches Leben seinen Anfang nimmt, macht sich und das Königthum freier von den Obliegenheiten der Religion, indem er einen nicht geringen Theil seiner geistlichen Functionen berechtigten Stellvertretern übergibt. Noch mehr überwiegt unter den folgenden Regierungen die politische Richtung ..... Der letzte König Roms steht als ein Verächter einheimischer Religionsweisen, als Anhänger ausländischer Culten da." Der Plan des ältern Tarquinius, die alte inaugurirte Verfassung durch Einrichtung von drei neuen Tribus eigenmächtig umzugestalten, ist für den Geist jener Zeit gleichfalls sehr charakteristisch.

238) Ambrosch a. a. O. S. 64 Anm. 111 setzt den Anfang des Verfalls der pontificischen Theologie sowie der Auguraldisciplin in die Zeit nach dem zweiten punischen Kriege. S. auch S. 66. Was mußte vorhergegan-

aber undenkbar, wenn der religiöſe Geiſt noch der alte geweſen wäre. Dieſe zwingenden Umſtände waren die Ueberhebung des Königthums und die wachſende Macht und Oppoſition der Plebejer. Jene führte zur Aufhebung des Königthums, einer flagranten Verletzung der inaugurirten Verfaſſung, die durch die Scheinfortdauer des Königthums im rex sacrificulus wenig verdeckt ward, und als Präcedenzfall, auf den die Plebejer ſtets verweiſen konnten,[239]) beſonders bedenklich. Dieſe zu ſo manchen Conceſſionen, die eben ſo viele Verſtöße gegen das Fas waren. Ein von wahrhaft religiöſer Geſinnung beſeeltes Volk hätte eher die Plebejer aus der Stadt ziehen laſſen oder bis zum letzten Blutstropfen Widerſtand geleiſtet, als daß es ihnen z. B. das connubium[240]) eingeräumt oder, wenn einmal eingeräumt, daß es Ehen mit ihnen eingegangen, oder daß es ſie zum Conſulat zugelaſſen hätte, und ein ſolches Volk würde auch ſchwerlich das Königthum mit Stumpf und Stiel aufgehoben haben, anſtatt den legaleren Weg einzuſchlagen und an Stelle des vertriebenen Tarquinius einen andern König zu wählen.

Man thut daher den Patriciern ſchwerlich Unrecht, wenn man annimmt, daß die Idee der religiöſen Unverletzlichkeit der Verfaſſung, die ſie ſo gern als Schild gegen die Forderungen der Plebejer benutzten, ihre unbeſchränkte Gewalt über die Gemüther bereits verloren hatte. An der Emancipation des Staatsrechts von der Religion und der ſchon ſo früh erfolgenden Abſchwächung des religiöſen Princips hatten übrigens die Plebejer einen ganz hervorragenden Antheil; ihre politiſchen Beſtrebungen und Erfolge führten jenes Reſultat mit Nothwendigkeit herbei.[240a]) Jede

gen ſein, ehe ein ſolcher Verfall der Lehre möglich war. Daß ſich bereits vor dem erſten puniſchen Krieg Spuren der ſinkenden Achtung vor der Religion nachweiſen laſſen, hat er ſelber bemerkt. S. 65 Anm. 116.

239) Wie dies auch geſchah. Liv. IV c. 6.

240) Der Geſichtspunkt, der daſſelbe ausſchloß, lag darin: quod nemo plebejus auspicia haberet ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.

240a) Schwegler Röm. G. I, 735 führt als Beiſpiel mit Recht auch

Niederlage der Patricier war zugleich eine Niederlage des religiöſen Princips, jeder Sieg der Plebejer ein Sieg über die Idee der religiöſen Unantaſtbarkeit des Staatsrechts. Für die römiſche Religiöſität überhaupt iſt es von unheilvollen Folgen geweſen, daß die Religion in der alten Verfaſſung eine zu exponirte Stellung einnahm und daher von den politiſchen Partheikämpfen ſtets empfindlich getroffen wurde. Zu ſehen, wie die Religion ihre Poſitionen nach und nach aufgab und den Kürzern zog — das mußte auf die religiöſe Geſinnung beider Partheien die nachtheiligſte Rückwirkung äußern, es hieß, ſie zu der Einſicht bringen, daß das politiſche Intereſſe in Rom ſtärker ſei als das religiöſe. Aber gerade dies, daß die Plebejer die Patricier mit Gewalt aus den Banden des religiöſen Princips befreiten, war ein unſchätzbarer Dienſt, ſie zwangen *ſie* gemeinſam mit ihnen aus Patriciern *Römer* zu werden.

Jener Rückzug der Religion aus der Verfaſſung erſtreckte ſich nicht weiter als das Intereſſe der Plebejer es erheiſchte, und es verblieb ihr innerhalb der Verfaſſung noch ein beträchtlicher Raum, auf dem ſie einen unbeſtrittenen Einfluß ausüben konnte. Aber die Macht, die ihr hier gelaſſen, gehörte in Wirklichkeit weniger ihr ſelber als dem Staat an. Die Römer hatten bei jenen Partheikämpfen gelernt, die Religion dem politiſchen Intereſſe unterzuordnen, und ihr ferneres Verhalten machte dieſer Schule Ehre; auch ſie empfand jetzt die Gewalt des römiſchen Weſens d. h. ſie ward Mittel zum Zweck, denn darin beſtand ja, wie wir früher gezeigt, das römiſche Weſen, daß alles, was auf dem Boden der römiſchen Welt wuchs und beſtand, den Zwecken derſelben dienſtbar werden mußte. Die Religion, durch die oft wiederholten Schläge ihrer wahren, lebendigen Kraft beraubt, fügte ſich willig und widerſtandlos, und nur dieſer Fügſamkeit,

---

die ſervianiſche Verfaſſung an, bei der das Kirchliche „das Zweite und Acceſſoriſche war, während die altpatriciſche Verfaſſung ſchon in ihrem Princip zugleich Kirchenverfaſſung geweſen war.“ S. auch 638 daſelbſt.

die jeden Anlaß zu einem Conflict mit dem politiſchen Intereſſe zu vermeiden verſtand, verdankte ſie den Schein der Macht und Unabhängigkeit. Der römiſche Staat entſprach in allen Dingen ihren Satzungen und Geboten und unterwarf ſich ſcheinbar gänzlich ihrer Autorität, aber er konnte es ſchon thun, denn ihre Gebote waren ſo eingerichtet, wie ſie ihm am beſten paßten, ihre Autorität bekräftigte nur das, was er ſelbſt wollte, ſo daß er im Endreſultat die Mitwirkung dieſer immerhin mächtigen Bundesgenoſſin gewann, ohne ſeinerſeits weſentliche Opfer zu bringen.[241])

Ich werde die Richtigkeit dieſer meiner Auffaſſung von der Sache an den hauptſächlichſten hierher gehörigen religiös-politiſchen Einrichtungen, Grundſätzen u. ſ. w. nachzuweiſen verſuchen.[242]) Werfen wir zuerſt einen Blick auf die mit der Hand-

241) Man könnte mir den Einwurf machen: was nützte die Mitwirkung der Religion, da ſie dem bisherigen nach ihrer wahren lebendigen Kraft beraubt war? Es ließe ſich darauf erwidern, zunächſt daß das von mir angenommene Verhältniß zwiſchen der Religion und Politik für die höhern Kreiſe der Bevölkerung, in denen es ja im Grunde allein praktiſch wurde, Statt gefunden haben kann, ohne daß daſſelbe für die großen Maſſen gegolten hätte. Für Ciceros Zeit trifft dies bekanntlich zu; Unglauben oben, Aberglauben unten! Wir haben aber nicht nöthig für die ältere Zeit zu dieſer immer ſehr mißlichen Annahme zu greifen, vielmehr, glaube ich, kann die menſchliche Natur uns den ſcheinbaren Widerſpruch löſen. Wenn man glaubt, was man wünſcht, wenn alſo der Wille dem Glauben die Richtung vorſchreibt, ſo ſollte ein ſolcher Glaube gar keine Macht über uns haben, und doch wie groß kann dieſe Macht ſein. Dieſer Selbſtbetrug liegt einmal tief in der menſchlichen Natur, und in welchem Maße und mit welchem Erfolge ein ganzes Volk deſſelben fähig iſt, das lehrt uns vielleicht keins ſo ſehr wie das römiſche. Mangel ächter Religiöſität und an deren Stelle ein Aberglaube, der, trotzdem daß er in der Regel nur das ſieht, was ihm lieb iſt, dennoch eine große Macht über das Volk ausübt! Man begehrte Zeichen, aber ſie ſollten und mußten günſtig ſein — im erſten puniſchen Krieg ließ P. Claudius die Hühner, die das gewünſchte Zeichen verweigerten, ins Meer werfen — natürlich fielen ſie regelmäßig ganz ſo aus, wie man ſie wünſchte, und doch hob es den Muth des Heeres, wenn es hieß, die Zeichen ſeien günſtig ausgefallen!

242) Manche gute Bemerkungen finden ſich bei Beaufort la republ. Rom. lib. I c. V.

habung oder Ueberwachung derſelben betrauten Perſonen. Es gehören hierher die Pontifices, die Augurn, die Fetialen und die Bewahrer der ſibylliniſchen Bücher. Alle dieſe Perſonen hatten einen großen Einfluß, aber derſelbe war bedingt durch eine von der Staatsbehörde an ſie gerichtete Aufforderung in Function zu treten. Sie antworteten nur, wenn und wie ſie gefragt wurden, ihnen ſelbſt fehlte die Initiative. Der Beamte konnte, wenn er wollte, die Auſpicien allein vornehmen oder einen Zeichendeuter zuziehn, der nicht zum Collegium der Augurn gehörte; eine ohne ſeine Aufforderung von einem Augur vorgenommene Beobachtung band ihn nicht.[243]) Das Collegium konnte wegen eines Fehlers bei Anſtellung der Auſpicien den vorgenommenen Akt z. B. die Wahl eines Beamten in den Comitien für nichtig erklären, aber meines Wiſſens nur, wenn es befragt war. Die Fetialen entſchieden völkerrechtliche Streitfragen, aber gleichfalls nur, wenn ſie aufgefordert waren. Die Pontifices waren die Wächter des geiſtlichen Rechts, höchſt geachtet und einflußreich, aber bei einem Conflict mit dem Willen des Volks machtlos. Von ihren Straferkenntniſſen konnte ans Volk appellirt werden, und umgekehrt kam es ſpäter vor, daß das Volk ihre freiſprechenden Urtheile kaſſirte, ja ſogar ſchon im fünften Jahrhunderte der Stadt, daß das Volk den Pontifex maximus zwang, eine dienſtliche Handlung vorzunehmen, die er aus Gründen des geiſtlichen Rechts für unſtatthaft erklärt hatte.[244])

Wie groß oder wie klein aber auch der Einfluß ſein mochte, der dieſen Perſonen zuſtand: vergeſſen wir nicht, daß alle jene Aemter als Staatsämter betrachtet und verwaltet wurden.

---

243) S. über die Stellung der Augurn namentlich die lehrreiche Ausführung von Rubino a. a. O. S. 44—62 und über die der Fetialen ebendaſelbſt S. 170 u. flg. Ueber die Bewahrer der ſibylliniſchen Bücher ſ. Hartung Röm. Relig. B. I S. 135.

244) Livius IX c. 46: coactusque consensu populi Cornelius Barbatus Pontifex maximus praeire verba, quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

Sie fielen Perſonen zu, die bisher ganz den Intereſſen des Staats gelebt hatten und mit der Uebernahme jener Aemter weder ihre politiſche Laufbahn als beſchloſſen, die Gunſt des Volks alſo fortan als überflüſſig betrachteten, noch dem Intereſſe des Staats irgendwie entfremdet wurden. Ein Standesintereſſe verführte ſie nicht, ihre Gewalt auf Koſten des Staats zu mißbrauchen und auszudehnen; an dieſem wie an jedem andern Platze fühlten ſie ſich nur als Bürger und Römer, und die Geſinnung, die ſie als ſolche beſeelte, leitete ſie auch bei der Verwaltung ihres Amts. Oft mochte dieſe Geſinnung einen möglichen Conflict des geiſtlichen Rechts mit dem politiſchen Intereſſe ſchon im Keim erſticken; ſie beſtimmte ja den Geiſt, mit dem man die heiligen Bücher, die Zeichen u. ſ. w. auffaßte, und ein dem Staat ergebener Pontifex und Augur gab, ohne ſich einer Schlechtigkeit und der Abſichtlichkeit bewußt zu ſein, ihnen die Deutung, die dem politiſchen Bedürfniß am meiſten entſprach. Es iſt ein bekannter, zur Zeit, als die Patricier ſich noch im Alleinbeſitz jener Stellen befanden, von den Plebejern oft wiederholter Vorwurf, daß ſie dieſelben im Partheiintereſſe auszunutzen pflegten.[245]) Was bereits damals im bloßen Intereſſe der Parthei geſchah, daran nahm man ſpäter um ſo weniger Anſtoß es zum wahren Wohle des Gemeinweſens zu thun.

Ich darf hier noch auf die von Manchen[246]) bereits gemachte

245) z. B. Liv. IV c. 7 (a. 310 U. C.) ... augurum decreto perinde ac vitio creati honore abiere (tribuni militum), quod C. Curtius, qui comitiis eorum praefuerat, parum recte tabernaculum cepisset. Liv. VIII c. 23 (a. 428 U. C.) ... consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt. Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt. ... nec quemque mortalium exstare, qui se vidisse aut audivisse quid dicat, quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse, quid in castris consuli vitii obvenisset. Cui non apparere, quod plebejus dictator sit, id vitium auguribus visum? Schon im Jahre 293 läßt Livius III c. 10 einen Ausſpruch der Duumviri librorum sacrorum durch die Tribunen verdächtigen: id factum ad impediendam legem tribuni criminabantur ingensque aderat certamen.

246) z. B. Rubino a. a. O. S. 204 Anm.: „Es braucht hier nur kurz

Beobachtung aufmerksam machen, daß es römische Regierungsmaxime war, den religiösen Strömungen, denen man nachzugeben für politisch hielt, von Staatswegen ein bestimmtes Bett vorzuzeichnen und sie dadurch in Abhängigkeit zu bringen. Oeffentliche Anerkennung und Gleichstellung eines neuen Cultus schien den Römern weniger gefährlich als die bloße Duldung desselben; wo eine Unterdrückung desselben nicht mehr möglich war, gewährte man volle Gleichberechtigung, und vom bloß politischen Standpunkt beurtheilt bewährte man damit einen richtigern Blick als die neuere Zeit mit ihrem Mitteldinge bloß tolerirter Glaubensbekenntnisse. Rom kannte keine Priester eines widerwillig zugelassenen Cultus, die durch gehässige Beschränkungen und Zurücksetzungen zum Groll gegen den Staat veranlaßt ihre Macht über die Gemüther zum Nachtheil des Staats benutzen; entweder vertrieb er sie, wenn er den Cultus, den sie einführen wollten, für staatsgefährlich hielt, oder wenn er sie und ihren Cultus duldete, wies er ihnen eine Stellung an, die sie, anstatt sie in die Opposition zu treiben, umgekehrt seinen Zwecken dienstbar machte.

Dies die Stellung der geistlichen Personen. Wenden wir uns jetzt dem Cultus und Dogma zu, soweit dieselben überhaupt eine politische Beziehung hatten und für die Staatsverwaltung von Interesse waren, so gibt es im ganzen Umkreise der römischen Welt schwerlich eine unerquicklichere Erscheinung, als sie uns darbieten. Nicht darin liegt das Anstößige, daß jener Geist, aus dem sie hervorgegangen, aus ihnen gewichen war, und sie selbst

---

an das spätere Verfahren in Bezug auf die haruspices, die sibyllinischen Bücher, die vates, die Aufnahme der griechischen Culte und vieles Andere erinnert zu werden, was zu einem Schlusse auf die Vorzeit berechtigt. Unempfänglich gegen den Eindruck neuer religiöser Erscheinungen und Künste blieben die principes nicht, sie zogen sie in ihren Kreis, verarbeiteten und benutzten sie in ihrer Weise." Mäcen empfahl diese Maxime dem Augustus, Dio Cassius LII, 36. „Wahrsagung müßte zwar sein, doch so daß sie durch öffentliche dem Staate bekannte Diener, nicht durch herumziehende Betrüger ausgeübt werde."

dennoch als leere Larven fortdauerten — dieſe Erſcheinung wiederholt ſich überall (II 500) — ſondern darin, daß der geiſt- und gemüthloſe Verſtand ſich ihrer bemächtigte, mit der Abſicht, zwar einerſeits ſie zu erhalten,[247]) andererſeits aber doch ſie ſeinen Zwecken anzupaſſen. Dieſe Verſündigung des Verſtandes an einem Gegenſtande, dem er ewig fern bleiben ſollte, dieſer bewußte oder unbewußte Jeſuitismus, der die gleichgültigen Formen beobachtet, weil ſie ihm nicht hinderlich ſind, und die wirklichen Hinderniſſe, welche die Religion ihm entgegenſetzt, mit elender Sophiſtik aus dem Wege räumt, dies Gemiſch von Aberglauben und einer an religiöſen Dingen ſich bethätigenden Schlauheit und juriſtiſchen Kunſt — es iſt die abſtoßende Schattenſeite des römiſchen Charakters, aber höchſt geeignet, um das wahre Weſen deſſelben daran zu erkennen.

Prüfen wir einmal die religiöſen Grundſätze und Formen, auf deren ſtrenge Beobachtung ſich im Grunde das Lob reducirt, das man der römiſchen Religiöſität in ſo übertriebenem Maße geſpendet hat:[248]) ſtimmen ſie nicht ganz zu den weltlichen Zwecken

247) Es wäre eine höchſt intereſſante Aufgabe, die ſich hier aber natürlich nicht behandeln läßt, die Aehnlichkeit zwiſchen der römiſchen Jurisprudenz und der Behandlung der Religion nachzuweiſen. Dieſelben Erſcheinungen, die jene uns darbietet (wie z. B. der Formalismus, die Conſequenz, die Fictionen, die Scheingeſchäfte u. ſ. w. ſelbſt manche materielle Grundſätze) wiederholen ſich hier (II 382 fl.) aber mit gerade entgegengeſetzter Wirkung — was dem Recht angemeſſen war und die Ausbildung deſſelben im höchſten Grade beförderte, war für die Religion in demſelben Grade nachtheilig und entfremdete ſie immer mehr ihrem wahren Weſen. Juriſtiſche Fragen theologiſch behandelt zu ſehn iſt noch erträglicher als theologiſche Fragen juriſtiſch. Rubino a. a. O. S. 219 Note 2 macht darauf aufmerkſam, daß „charakteriſtiſch genug für die römiſche Denkweiſe die justi atque injusti scientia auch die Religion umfaßte.“ Dem Juriſten iſt die Legaldefinition der Jurisprudenz als einer rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia (L. 10 §. 2 de J. et J. 1. 2) bekannt, und ebenſo, daß die Lehre von den sacra zum jus publicum gezählt ward (L. 1 §. 2 ibid.).

248) Hartung a. a. O. I S. 186 ſagt z. B.: ... „ſo muß man den ältern Römern nachrühmen, daß ſie eine ſo allgemeine, ſo durchreichende und ſo unerſchütterliche Religiöſität beſeſſen und geübt haben, wie kaum ein anderes Volk der Erde.“

der Römer? Ihre politischen Institutionen genießen den Schutz religiöser Weihe — aber die Religion ist fügsam genug sich auf Verlangen allen Aenderungen zu unterziehen. Die religiöse Beziehung kann, wie ein äußeres Gewand, den Verhältnissen umgehängt und wieder abgenommen werden. Die Inauguration läßt sich bei günstigen Auspicien rückgängig machen,[249] die durch confarreatio in religiöser Weihe eingegangene Ehe durch diffarreatio lösen, die Heiligkeit des Orts wieder aufheben, selbst die Götter können zum Umzug aus diesem Tempel in einen andern gezwungen werden. Umgekehrt ist diese Weihe nicht durch die religiöse Beziehung des Gegenstandes bedingt, sie läßt sich jeder Institution ertheilen.[249a]

Die Fetialen sollten bei der Kriegsankündigung den Speer in Feindes Land werfen — aber als diese Vorschrift bei der Ausdehnung des Reichs beschwerlich wurde, half man sich, indem man einen Platz vor dem Tempel der Bellona durch einen gefangenen Soldaten des Pyrrhus ankaufen ließ und ihn als Feindes Land behandelte.[250] Der Feldherr, den ein Unfall betroffen, sollte in Rom neue günstige Auspicien erwarten; auch von dieser lästigen Vorschrift befreiten sich die Römer in ähnlicher Weise — ein beliebiger Platz auf dem Kriegsschauplatz ward zum ager Romanus gemacht, und hier die Erneuerung der Auspicien vorgenommen.[251] Das gelobte Opfer sollte gebracht werden — „aber man muß wissen, sagt Servius,[252] daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen wird; wenn daher schwer aufzutreibende Thiere zum Opfer gefordert werden, so formt man dieselben von

249) Schon von Tarquinius dem Jüngern erzählt Livius I c. 55: exaugurare fana sacellaque statuit ... omnium sacellorum exaugurationes admittebant aves.

249a) In späterer Zeit decretirt z. B. der Senat darüber, was fas sein solle, s. Frontin Strateg. IV 1. 38: ne quem ex iis sepelire vel lugere fas esset.

250) Die Stellen bei Hartung a. a. O. II S. 271.

251) Die Stellen bei Rubino a. a. O. S. 89.

252) ad Aen. II, 116. Hartung a. a. O. I S. 160.

Brod oder Wachs und bringt die Bilder dar;“ ſtatt der erforderlichen Hirſchkühe ſchlachtete man Schaafe, nannte ſie aber Hirſchkühe. Der Flamen Dialis durfte nicht ſchwören, der Magiſtrat mußte ſeinen Amtseid leiſten, beide Aemter waren alſo unvereinbar. Als man dennoch einen Flamen Dialis zum Aedilen wählte,[253] und zwar zufälligerweiſe gerade einen ſolchen, der wegen ſeiner Strenge allgemeines Aufſehen erregt hatte,[254] ſo half man ſich dadurch, daß man einen Stellvertreter für ihn ſchwören ließ, und der ſtrenge Verfechter des geiſtlichen Rechts nahm daran keinen Anſtoß, daß ein Volksbeſchluß ausdrücklich beſtimmt hatte, was übrigens ſich ja auch von ſelbſt verſtand, daß es ſo angeſehn werden ſollte, als hätte er ſelbſt geſchworen, daß alſo im Grunde ihm nur der Akt des Schwörens, nicht aber der Eid ſelbſt abgenommen war. Der Feſttag ſollte geheiligt werden, für eine bewußte Uebertretung dieſes Gebots nicht einmal eine Sühne möglich ſein — aber dem praktiſchen Bedürfniß ordnete die Religion ſich unter, nothwendige Arbeit durfte auch an Feſttagen verrichtet werden.[255]

Lehrreicher als die weitere Häufung ſolcher einzelnen Beiſpiele[255a] dürfte es ſein, eine ganze Lehre des geiſtlichen Rechts, die für den Staat gerade von der eingreifendſten Bedeutung war, ich meine die von den Auſpicien und Zeichen[256] einer Prüfung zu

253) a. U. C. 552. Liv. XXXI, 50.

254) Liv. XXVII, 8.

255) Hartung a. a. O. I S. 188. Macrobius Sat. I, 16: Scaevola consultus, quid feriis agi liceret respondit, quod praetermissum noceret.

255a) S. andere bei Danz a. a. O. S. 238 ff.

256) Eine ſo große Rolle die Auſpicien, Vorbedeutungen u. ſ. w. auch im römiſchen Privatleben ſpielten, ſo iſt es doch höchſt charakteriſtiſch, daß wir im römiſchen Privatrecht auch nicht die geringſte Spur eines Einfluſſes derſelben nachzuweiſen im Stande ſind. Zwar iſt in einer neuern Schrift der abenteuerliche Verſuch gemacht, dem omen einen ſolchen Einfluß zu vindiciren, allein die abergläubiſchen Ideen des Volks prallten an der juriſtiſchen Theorie kraftlos ab. Die juriſtiſche Behandlung des Eides gewährt einen ſchlagenden Beweis, wie ſehr das Gebiet des Privatrechts ſich gegen

unterwerfen. Es war ein Bedürfniß des religiöſen Gefühls, für eine einigermaßen wichtige Handlung die Zuſtimmung der Götter einzuholen, und dem gläubigen Gemüth thaten der Himmel und die Vögel als Götterboten den Willen der Götter kund. Eine ſpätere Zeit brachte noch manche andere Erkenntnißmittel hinzu, das Freſſen der Hühner, die Eingeweide des Opferthieres u. ſ. w., und der Glaube war geſchäftig ſelbſt den Handlungen der Menſchen, Unfällen gewöhnlicher Art, den Namen u. ſ. w. einen Glück oder Unglück verkündigenden Sinn abzugewinnen.

Daneben aber verläugnete ſich doch die römiſche Schlauheit nicht. Die Lehre von den Vorzeichen war ſo eingerichtet, daß nicht der Menſch den Zeichen, ſondern die Zeichen dem Menſchen untergeben waren.

Wir müſſen die eigentlichen Auſpicien, die nach den Regeln der Kunſt beobachtet und gedeutet wurden, von den bloßen Anzeichen unterſcheiden, die ſich ungeſucht darboten. Was letztere anbetrifft, ſo lehrte man,[257]) daß ſie ganz in der Hand deſſen ſeien, der ſie beobachtet hatte, er konnte ſie annehmen (accipio omen) oder zurückweiſen (ad me non pertinet), ja ihnen eine andere Richtung[258]) und Bedeutung geben. Wußte er in demſelben

jegliche ihm an ſich fremde Idee abzuſchließen wußte. Der promiſſoriſche Eid war rechtlich völlig wirkungslos (man erinnere ſich dabei des Gegenſatzes wegen an das Kanoniſche Recht), der aſſertoriſche wurde bloß unter dem Geſichtspunkt des Vergleiches aufgefaßt, einerlei ob wahr oder falſch geſchworen; contemta jurisjurandi religio satis deum habet ultorem (L. 2 Cod. de reb. cred. 4. 1).

257) Hartung a. a. O. I S. 101 Servius ad Aen. I, 530, nam nostri arbitrii est, visa omina vel improbare vel recipere. Plin. Hist. N. XXVIII, 4 meint dazu: quo munere divinae indulgentiae majus nullum est.

258) Durch Schlauheit und ſelbſt durch Betrug konnte man ſich ein Zeichen aneignen, das einem Andern zu Theil geworden. Ich verweiſe z. B. auf den von dem Prieſter der Diana verübten Betrug, von dem Livius I, 45 erzählt, und auf einen ähnlichen, aber durch Vorſicht von der andern Seite vereitelten Verſuch, den Plinius Hist. natur. XXVIII, 1 §. 15 berichtet: (. . . transiturum fuisse fatum in Etruriam, nisi praemoniti . . legati Romani respondissent etc.).

Augenblick, wo ſie von ihm bemerkt wurden, der zunächſt ſich aufdrängenden ungünſtigen Bedeutung eine paſſende günſtige zu ſubſtituiren, ſo war die Kraft des Zeichens gebrochen, die anſcheinende Drohung in eine Verheißung verwandelt.[259]) Ein ungünſtiges Zeichen, das von dem Handelnden nicht beobachtet wurde, hatte keine Bedeutung für ihn, darum pflegte man beim Opfer ſich das Geſicht zu verhüllen, um kein Zeichen wahrzunehmen, und beim Ausſprechen feierlicher Gebete, Eidesformeln u. ſ. w. einen Flötenbläſer ſpielen zu laſſen, um auch die Ohren zu ſichern.[260])

Mit den eigentlichen Auſpicien verhielt es ſich ebenſo. Die Auguraldisciplin war ſtreng, ſehr ſtreng, was die genaue Beobachtung der Formen anbetraf, aber wer die Formen genau erfüllte, der konnte alles erreichen, was er wollte.[260a]) Wie wohlthätig einerſeits dieſe Strenge, die an den geringſten Formfehler Nichtigkeit des ganzen Akts knüpfte, wie geeignet, um ſtaatsrechtliche Akte durch die man überrumpelt war, z. B. Wahl eines untauglichen Beamten von Seiten des Volks, hinterher wieder zu entkräften.[261]) Andererſeits aber wie fügſam jene Disciplin, wenn es galt, ſchlechte oder gute Zeichen aufzufinden. Der Grundſatz, der bei Geſetzen galt, daß das ſpätere das frühere aufhebe, war auch auf die Auſpicien übertragen[262]) und gab die Auſpicien ganz in die Hand des Suchenden. Geſetzt, es ſollte durch ſie eine Maßregel hintertrieben, eine von unruhigem Geiſt beſeelte Volksver-

---

259) Hartung a. a. O. I S. 101, der unter andern das bekannte Beiſpiel von Cäſar anführt, der, als er an der afrikaniſchen Küſte aus dem Schiff ans Land ſprang, ſtürzte und ſich ſchnell faſſend ausrief: jetzt habe ich dich, Afrika.

260) Plin. Hist. nat. lib. XXVIII. c. 2 §. 11 ... tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.

260a) Cic. de nat. deor. II, 3 §. 9: veritas auspiciorum spreta est, species tantum (der bloße Schein) retenta.

261) Es ſind Beiſpiele bereits oben Note 245 vorgekommen.

262) Rubino a. a. O. S. 69 Anm. 1 und die dort citirten Stellen von Servius ad Aen. II, 691: si dissimilia sunt posteriora, solvuntur priora. XII, 183: in auguriis prima posterioribus cedere.

ſammlung geſprengt werden, ſo ſetzte der die Auſpicien beobachtende Beamte ſeine Beobachtung ſo lange fort, bis er endlich ein ungünſtiges Auſpicium erhalten hatte. Umgekehrt geſchah es, wenn es darauf ankam, ein günſtiges zu gewinnen; er ſtellte ſeine Beobachtung ein, ſowie er das gewünſchte erhalten, alle vorhergehenden ungünſtigen Zeichen wurden durch das letzte günſtige entkräftet.[262a]) Um eine Volksverſammlung zu hintertreiben, genügte es ſogar, daß an demſelben Tage irgend ein magistratus, ſelbſt ein minor, ein servare de coelo vorgenommen und dem Convocanten davon Anzeige gemacht hatte.[263])

Die Himmelszeichen, wenn ſie auch dem Suchenden bei beharrlicher Fortſetzung ſeiner Beobachtung endlich zu Theil werden mußten, konnten doch einige Zeit auf ſich warten laſſen. Im Felde, wo oft der Augenblick entſcheidet, bedurfte man ſolcher Zeichen, auf deren ſofortiges Eintreten ſich zählen ließ, wie z. B. das tripudium, das Freſſen der Hühner.[264]) Zu dem Zweck führte jeder Feldherr Hühner mit ſich, die im beſtändigen Zuſtande des Hungerns gehalten wurden, das Zeichen war alſo ganz in der Gewalt des Suchenden. Kam es umgekehrt darauf an, ein ungünſtiges Zeichen zu gewinnen, ſo nahm man ſatte Hühner — die aßen gar nicht oder, wenn doch, mit wünſchenswerther Bedächtigkeit. Von den ſibylliniſchen Büchern läßt ſich, wie es ſcheint, daſſelbe behaupten, ſie waren ſo unbeſtimmt abgefaßt, ſo vieldeutig, daß man alles, was man wollte, herausleſen konnte.[265])

Es verdient wohl beachtet zu werden, daß in allen dieſen

262a) Liv. V, 38, 39: postero die auspiciis repetitis pertulit legem. Ebenſo machen es die Chineſen bei ihren durch Stäbe bewirkten Auſpicien, ſie ſetzen die Manipulation ſo lange fort, bis die Stäbe günſtig fallen.

263) Einerlei, ob die Beobachtung eine günſtige oder ungünſtige geweſen war, der bloße Akt des servare de coelo war ausreichend. S. Rubino a. a. O. S. 74 u. f. [Anders jetzt Mommſen Röm. Staatsrecht I 34.]

264) Es kam darauf an, daß ſie gierig über das Eſſen herfielen, und daß beim Freſſen etwas von dem vorgeſetzten Futter auf die Erde fiel — für ausgehungerte Hühner, namentlich wenn man das Futter darnach wählte, eben keine ſehr ſchwierige Zumuthung!

265) Hartung a. a. O. I S. 135.

Fällen ſubjectiv gar kein Betrug erforderlich war;[265a]) die Religion ſelber d. h. der praktiſche Inſtinct der Römer hatte die Regeln und Einrichtungen ſo elaſtiſch gemacht, daß ſie ſich auch bei ſtrenger Beobachtung ſtets den augenblicklichen Zwecken fügten. Mochte die Auguraldisciplin es verantworten, daß ſie die Zeichen in die Hände des Suchenden gegeben, letzteren ſelbſt konnte kein Vorwurf treffen, wenn er das fand, was er im Intereſſe des Staats ſuchte.[265b])

Vom religiöſen Standpunkt aus hat dieſe Entartung eines urſprünglich aus religiöſem Bedürfniß hervorgegangenen Inſtituts etwas Widerwärtiges, und ſie beweiſt den frühen Verfall wahrhafter Religiöſität in Rom; letztere würde ſich nicht in der Weiſe an den Göttern haben verſündigen können, daß ſie die Nachſuchung ihrer Zuſtimmung zur leeren Poſſe herabgewürdigt hätte. Faßt man aber das ganze Inſtitut mit ſeinen in den Willen der Staatsregierung gegebenen geiſtlichen Beamten, Zeichen, Nichtigkeitsgründen u. ſ. w., wie man es muß, als ein politiſches Inſtitut auf, ſo verdient es freilich von dieſem Standpunkt aus eben ſo hoch geſtellt zu werden, wie es in religiöſer Beziehung niedrig ſteht.[265c]) Die ausgezeichnete Brauchbarkeit des Inſtituts ſetze ich nicht ſowohl in ſeine poſitive Seite, daß es nämlich der Regierung als Mittel diente, dem Volk Vertrauen einzuflößen, ihren Anordnungen durch die eingeholte Zuſtimmung der Götter Auctorität und Gehorſam zu verſchaffen, als vielmehr in ſeine negative Function d. i. ſeine Tauglichkeit, politiſche Maßregeln zu hemmen und entkräften.[265d]) Ungünſtige Auſpicien, und ſchon das bloße

265a) an dem es übrigens häufig gar nicht fehlte, Liv. X, 33 pullarius auspicium mentiri ausus.

265b) S. auch noch den III, 215 beſprochenen Grundſatz, daß die Verantwortlichkeit für die verkündeten Auſpicien lediglich den Augurn zufällt, der Beamte von der Unwahrheit derſelben keine Notiz zu nehmen braucht.

265c) Dies iſt auch die Auffaſſung der Römer ſelber, Cic. de leg. II, 13 auspicia ista ad utilitatem esse reipublicae composita ibid. III, 12.

265d) Cic. de leg. III, 12 auspicia, ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae; saepe enim populi impetum injustum auspiciis dii immortales represserunt.

servare de coelo von Seiten des Magiſtrats gewährten das legale Mittel, eine angeſetzte Volksverſammlung zu vertagen, und dies war bei einer vorübergehenden leidenſchaftlichen Erregung des Volks ſchon ein großer Gewinn. Formfehler, bei Abhaltung der Auſpicien vorgekommen, machten es möglich, Uebereilungen, Mißgriffe der Beamten und des Volks, die ſonſt durch kein verfaſſungsmäßiges Mittel mehr zu redreſſiren waren, als ungültig aus dem Wege zu räumen,[266]) ſo daß man mithin das Collegium der Augurn, das über dieſe Nichtigkeitsfälle erkannte, als höchſten politiſchen Caſſationshof bezeichnen könnte.[266a])

Das Reſultat unſerer Erörterung iſt: die Herrſchaft der Religion über das Recht iſt beſchränkt auf die ältere Zeit, im Staats- und Rechtsſyſtem der Blüthezeit der Republik kehrt das Verhältniß ſich geradezu um, das Verhalten des römiſchen Geiſtes zum religiöſen Princip beſteht alſo darin, daß er daſſelbe als Mittel zum Zweck benutzt. Die religiös-rechtlichen Inſtitute und Formen dauern äußerlich noch lange fort, allein der Geiſt iſt gewichen, die römiſche Sittlichkeit wurzelt nicht mehr in der Religion, ſondern im Staats- und Rechtsprincip. Aber die Blüthezeit der Republik liefert uns zugleich auch den Beweis, welch' eine ſittliche Kraft das bloße Staats- und Rechtsprincip, ſobald es den Menſchen ganz und gar durchdrungen hat, zu entwickeln vermag.[267]) Das Staats- und Rechtsprincip tritt an die Stelle des religiöſen.

266) Ich verweiſe z. B. auf den Fall in Note 245, die Ernennung des Dictators betreffend, Liv. VIII, 23 und Pseudo Ascon. (Orelli p. 68) und Appian I, 24.

266a) Wenigſtens der Form nach; der Sache nach war es der Senat, inſofern es nämlich von ihm abhing, ob er den Nichtigkeitsgrund geltend machen und das Collegium zu einem Gutachten auffordern wollte, über deſſen Ausfall er wohl im voraus ſicher ſein konnte.

267) Darauf macht ſchon Auguſtinus in einer von Ambroſch angeführten Stelle, de civit. Dei V, 12 aufmerkſam: ... qui (Romani) causa honoris, laudis et gloriae consulerent patriae, in qua ipsam gloriam requirebant, salutemque ejus saluti suae praeponere non dubitarent, pro isto uno vitio i. e. amore laudis, pecuniae cupiditatem et multa alia vitia comprimentes.

Wenden wir uns nunmehr den übrigen Ausgangspunkten des römiſchen Rechts zu, ſo dürfen wir den einen derſelben, das ſubjective Princip, hier mit der Bemerkung erledigen, daß das folgende Syſtem vorzugsweiſe als ſein Werk aufzufaſſen iſt, wir dort alſo Gelegenheit erhalten werden, dies Princip auf dem Höhenpunkte ſeiner Kraft und Vollendung kennen zu lernen. Wie es ſich hiſtoriſch entwickelt hat, welche Bedeutung die Beſtrebungen der Plebejer, die Zwölftafelgeſetzgebung u. ſ. w. dafür haben, das gehört nicht hierher, das müſſen wir der römiſchen Rechtsgeſchichte überlaſſen. Für unſern Zweck genügt es zu wiſſen, daß die ſpätere Rechtsentwicklung ſich vorzugsweiſe an dies Princip anlehnt. Im Gegenſatz zu der Fortentwicklung und Durchbildung, welche das ſubjective Princip im ſpätern Recht findet, büßt das Familienprincip ſeine Bedeutung mehr und mehr ein. Seine Rolle war ausgeſpielt, als die Aufgabe, der es bei der Staatsbildung zu dienen hatte, erfüllt war; der fertige Staat hatte die unvollkommene Form des werdenden nicht mehr nöthig, und wenn auch die Gentilverfaſſung nach Weiſe der Römer noch Jahrhunderte lang unter völlig veränderten Verhältniſſen fortdauerte, ſo wiederholt ſich darin nur daſſelbe Schauſpiel, dem wir bei der Religion begegnet ſind: Fortdauer der alten Formen, aber ohne ihre alte Bedeutung. Auch nach dieſer Seite hin haben wiederum die Plebejer das Verdienſt, einen in gleicher Weiſe für die freie Entfaltung des Privatrechts wie für die Entwicklung des politiſchen Lebens höchſt wichtigen Fortſchritt erzwungen zu haben. Unabhängigkeit der privatrechtlichen Rechtsſtellung ſowohl wie der politiſchen von der Familienverbindung war der Gedanke, den ſie in den patriciſchen Geſchlechterſtaat brachten. Ihnen verdankt das reine d. h. vom Einfluß des Familienprincips emancipirte, alſo das ſpätere römiſche Privatrecht ſeinen Urſprung.[268])

268) Daß einzelne Ausflüſſe des Familienprincips in veränderter Geſtalt d. h. als ganz allgemeine Einrichtungen noch im ſpätern Recht fortdauern, iſt bereits früher erwähnt, dies gilt insbeſondere von der Cenſur (S. 192), cura prodigi (S. 194), actio popularis (S. 186).

In politischer Beziehung vertreten sie die Berechtigung der persönlichen Kraft gegenüber dem Recht der Geburt, das Princip der freien mit sich selber beginnenden und ihre ganze Welt aus und durch sich selber gestaltenden Persönlichkeit gegenüber dem compacten Zusammenhalten, der Abgeschlossenheit und Gebundenheit der Gens, das Recht der Gegenwart gegenüber dem der Vergangenheit. Der Punkt, auf dem das plebejische Princip auf Kosten des Familienprincips zuerst zum Durchbruch kommt, ist die Wehrverfassung. Das militärische Interesse setzt sich vielleicht überall am leichtesten über das Hinderniß der Geburt hinweg. Die Servianische Verfassung zeigt uns Patricier und Plebejer zu einem Heer vereint, und als Maßstab der Wehrpflicht und des Stimmrechts, soweit es den Centuriatcomitien zustand, das Vermögen. Das Vermögen aber ist nichts als die materielle Kraft des Einzelnen und unausgesetzt dem Wechsel unterworfen, ist zu erwerben und zu verlieren, während die Familie bleibt, es bildet also den entschiedensten Gegensatz zum Familienprincip. Dasselbe praktisch als Maßstab politischer Pflichten und Rechte aufstellen, hieß die Axt an die Wurzeln des Geschlechterstaats legen.

Die Bedeutung des militärischen Princips haben wir seiner Zeit nicht sowohl darein gesetzt, daß es die Wehrverfassung des römischen Volks zum Gegenstande hatte, nicht in seine technisch-militärische, sondern in seine ethisch-politische Seite, daß es nämlich mittelst der strengen Disciplin, welche der Heeresdienst mit sich bringt, das Volk an Zucht, Gesetz und Ordnung gewöhnte. In diesem Sinn war auch seine Bedeutung eine vorübergehende. Ich verkenne nicht, daß auch späterhin noch der römische Gesetzlichkeitssinn aus derselben Quelle, aus der meiner Meinung nach dieser Sinn ursprünglich hervorgegangen war, seine beste Nahrung schöpfte, — es gibt für alle Völker kein wirksameres Mittel, um denselben unausgesetzt zu befruchten, als die allgemeine Wehrpflicht — ich meine vielmehr nur so viel, daß jene ursprüngliche Function der Wehrverfassung als Bildungsanstalt für die politische Erziehung des Volks d. h. für die Gewöhnung desselben an

Geſetz und Ordnung, Zucht und Gehorſam beendet war, als dieſes Ziel erreicht war. Ein zuſammengelaufener Haufe von Abentheurern, wie ja die Sage die Urbevölkerung Roms ſchilderte, nicht gewohnt an Geſetz und Ordnung, bedarf der eiſernen Zuchtruthe der militäriſchen Disciplin, um Zucht und Gehorſam zu erlernen, aber was der Vater erlernt hat, kommt dem Sohn zu gute, was dieſer, dem Enkel, und der Urenkel in der Soldatenfamilie iſt bereits ein guter Bürger, auch ohne ſelber Soldat zu ſein. So kam auch für Rom der Moment, wo im Soldaten der Bürger herangezogen war, wo der Magiſtrat nicht mehr des Rückhaltes des Feldherrn bedurfte, um die erforderliche Auctorität zu finden, kurz wo der Staat ſich auf ſich ſelber ſtellen konnte, weil das Verſtändniß für Geſetz und Ordnung Gemeingut geworden war; mit dieſem Moment trat die Wehrverfaſſung in die zweite Linie, ſie war jetzt nicht mehr der Staat ſelber, ſondern ein Inſtitut in ſeiner Hand.

So büßt mithin auch das militäriſche Princip ganz ſo wie das religiöſe und das Familienprincip ſeine urſprüngliche Bedeutung in der ſpäteren Zeit ein. Aber auch hinſichtlich ſeiner wiederholt ſich die oben nachgewieſene Erſcheinung: die äußeren Einrichtungen und Formen dauern trotzdem fort. Die Volksverſammlung bewahrt die Ordnung des Heeres, und eine Menge von Reminiscenzen aus alter Zeit erinnern noch ſtändig daran, daß das Volk urſprünglich Heer war. Und ſo knüpft auch trotz der Verdrängung der Könige durch die Magiſtrate die Machtſtellung der letzteren mittelſt des Begriffs des imperium fortwährend an den urſprünglichen militäriſchen Oberbefehl des Königs an. Aber dieſem imperium waren die Sehnen durchſchnitten, wenigſtens für die Civilbehörden in der Stadt Rom. Nur im Fall der Noth kam es auch innerhalb der Stadt in der Perſon des Dictators in ſeiner urſprünglichen Geſtalt zum Vorſchein. Der politiſche Inſtinct der Römer fühlte es heraus, daß die königliche Gewalt nicht abſolut verwerflich geweſen war, ſondern daß der Mißbrauch, den ſie ſich hatte zu Schulden kommen laſſen, nur in der lebensläng-

lichen Dauer seinen Grund gehabt hatte, daß dagegen eine rasch vorübergehende Wiederherstellung derselben, bei der die Gefahr eines Mißbrauchs nicht zu befürchten stand, für Zeiten schwerer Gefahr das einzige ausreichende Heilmittel war. So bewahrte sich die römische Verfassung neben dem regelmäßigen System der Theilung der Gewalten auch die Möglichkeit einer äußersten Concentrirung derselben in den Händen eines Einzelnen, neben den sonstigen Vorzügen der republikanischen Institutionen auch die Schnellkraft der absoluten Monarchie. Im Felde blieb das imperium immer in ungeschwächter Kraft bestehen, und noch Jahrhunderte lang machte jede Generation wenigstens in ihrer Jugend die heilsame Schule der militärischen Erziehung durch. Der Kriegsdienst war die Vorstufe und Vorbereitung zum eigentlichen Staatsdienst.